

**IL CODICE PENALE
TOSCANO
ILLUSTRATO
SULLA SCORTA
DELLE FONTI...**



4.3.78.

4.2.3.75

4. E. S.

IL
CODICE PENALE TOSCANO

ILLUSTRATO

SULLA SCORTA DELLE FONTI

DEL DIRITTO E DELLA GIURISPRUDENZA



VOLUME SECONDO

(ART. 42 — 95)



PISTOIA

TIPOGRAFIA CINO

1855.



*La presente Opera è posta sotto la tutela delle leggi vigenti sulla
proprietà letteraria .*

TITOLO IV.

Della consumazione e del tentativo del delitto .



ART. 42. — Il delitto è consumato , quando tutti gli elementi, che ne compongono l'essenza, si trovano riuniti nel fatto criminoso , di cui si tratta .



Osservazioni sull' articolo.

L' articolo in esame contiene la giuridica definizione del delitto consumato . Questa definizione merita un accurato ed attento esame .

Secondo il comune modo di sentire e di giudicare, il delitto è consumato quando l' agente ha eseguito ciò che erasi proposto di fare , ed ha così ottenuto il desiato scopo . Questa definizione è troppo generale, e presa nel suo lato senso, può condurre a erronee conseguenze . D' uopo è quindi porla in armonia con i principj della scienza, la quale assegnando a ciascun delitto i caratteri suoi proprj, talvolta non tien dietro allo scopo che si è proposto il

delinquente, a lei bastando che sieno consumati certi determinati atti per riconoscere in essi la essenza giuridica del delitto stesso , poco o nulla curandosi se, al momento della perfezione degli atti medesimi, l' agente avesse ottenuto quello che desiderava . Da qui ne nasce la necessità di distinguere fra i delitti nei quali, onde esser consumati , fa d' uopo che l' agente abbia ottenuto quanto bramava, dagli altri nei quali ciò non è necessario , considerando la loro consumazione nell'esserè l' agente arrivato a tal punto, nel quale si ravvisano gli elementi che compongano l' essenza del delitto stesso.

Ora ai delitti i primi rammentati si conviene la defini-

del delitto, debbono unicamente trarsi, o dalla scienza o dalla legge, piuttosto che dall'intento a cui l'agente fin da principio mirava. Infatti il Codice nel Libro II definisce talvolta alcuni delitti, determinandone gli estremi giuridici; in altri si riporta alla scienza occupandosi di minacciare la pena ad essi dovuta. Nei primi, onde conoscere se il delitto è consu-

mato, si terrà dietro alla definizione, negli altri i Tribunali ne attingeranno la essenza dalle teorie del diritto comune.

Sarebbe qui opportuno parlare del delitto che i pratici chiamano *sui generis*, che ha in se una natura giuridica sua propria; ma siccome dovremo di esso occuparci al successivo art. 43, così crediamo più utile di trattarne allora.

ART. 43. — Gli atti esecutivi di un delitto doloso, che non giungono a consumarlo, sono tentativi di esso.

Questo brevissimo articolo merita per parte nostra un lungo commento, onde porre i nostri lettori in grado di conoscerne la importanza nella difficile materia alla quale si riferisce. Noi ci proponiamo adunque di svolgere qui le teorie che riguardano il tentativo del delitto, con quella maggior chiarezza che ci sarà possibile. Per raggiungere questo scopo crediamo opportuno di dipartirci dai principj della scienza e, questi posti, di scendere a parlare di ciò che in proposito dettavano le leggi Romane, le nostre consuetudini giudiziali, e di quello che i moderni Codici penali dispongono sul tentativo.

Teorie della scienza sul tentativo.

Il dotto Alciato ha elegantemente insegnato, « *conatus in itinere, crimen in meta est.* » e Dante prima di lui ne ha data la idea in quel verso

*Che questo è in via, e quello è
già a riva.*

PURGAT. XXV. 54.

Il chiarissimo Giuliani (*Istituzioni di diritto criminale lib. I cap. 5 § 1.*) ha soggiunto, che tentare un delitto, non è un pensarlo semplicemente, e nemmeno un condurlo a fine; è un agire con ogni sforzo per eseguirlo: perciò l'attentato è un atto esterno, libero, intermedio fra il delitto pensato e il delitto consumato. Infatti la parola tentare significa, che gli atti nei quali il tentativo consiste, sono un mezzo diretto a conseguire il fine che si è proposto l'agente, e quando questo per tali atti ha un tal fine ottenuto, gli atti stessi cessano di esser un tentativo, e divengono un fatto consumato e completo. Or dunque, quando si parla di tentativo di delitto, fa duopo necessariamente ritenere il concetto, che l'azione criminosa non è stata perfezionata, ma per qualunque siasi causa è rimasta

sospesa, imperfetta, troncata.

Ma quanto facile è il concepire quando il tentativo finisce per dar luogo al delitto consumato, altrettanto è difficile il determinare, quando il tentativo medesimo giuridicamente comincia, quando cioè, pensato e risoluto il delitto, l'agente diviene responsabile di fronte alla legge penale, degli atti esterni esecutivi della sua volontà, ai quali egli si abbandona.

La ragione e la esperienza ci insegnano, che l'azione criminosa si compone di quattro distinti stadj per i quali gradatamente passa. — 1.º stadio. — L' uomo nella propria mente delibera e risolve. — 2.º stadio. — L' uomo, che ha deliberato e risoluto, si prepara alla esecuzione, procurandosi i mezzi per agire. — 3.º stadio. — L' uomo già preparato ha cominciata la esecuzione, e in quella progredisce. — 4.º stadio. — L' uomo mediante l' ultimo atto compie e consuma l' azione. — L' egregio Nicolini, nell'atrea sua operetta intitolata *Del tentativo del delitto* a pag. 56, con energico vocabolo chiama *linea pa-*

rabolica il complesso di tutti gli indicati stadj, il cui punto di partenza o principio, è il pensiero, e il punto di arresto o il fine consiste nella piena esecuzione, traendone la similitudine da quella figura semicircolare che nelle scienze esatte ha nome *parabola*.

Ora d' uopo non è che noi ripetiamo ciò che a sazietà abbiamo detto sul primo stadio, (pag. 5 vol. 1) cioè sull' atto interno, mentre se ad esso si ferma l' uomo, la legge penale che gli atti esterni soltanto contempla, non può del solo e nudo pensiero occuparsi, ed il conato suppone per necessità, che dal pensiero l' uomo sia passato all' azione.

Parliamo dunque del secondo stadio.

In questo l' uomo dopo aver risoluto il delitto si dispone ad eseguirlo, passa cioè dal pensiero all' atto esterno, e si prepara a dar cominciamento a quell' azione criminosa che si era nella mente proposta; si procura i mezzi onde eseguir-la; raccoglie quanto stima necessario a compierla; prevede ciò che gli è duopo di fare onde assicurarsi il lucro, il co-

modo , la rea soddisfazione che vuol trarre dal delitto ; o per sottrarsi alla giustizia , o per togliere da se ogni argomento di reità , dà le necessarie disposizioni ; o si dirige infine anche al luogo ove ha designato di commettere il delitto . Tutti questi sono atti esterni preparatorj al delitto , mediante i quali l' agente si pone in via , onde cominciare quell' azione nella quale il delitto essenzialmente consiste ; ma l' azione nella quale il delitto essenzialmente consiste non è incominciata . Daremo qui alcuni esempj di atti preparatorj con lo scopo di far conoscere la indole loro propria , ben distinta dall' altra che al terzo stadio appartiene . Colui che ha risoluto di uccidere , si provvede di un pugnale , o avendolo , lo fa arruotare , onde serva più presto al suo pravo disegno ; oppure si procura un fucile , e lo carica di materia mortifera ; ovvero avendo risoluto di commettere un furto , si provvede di una falsa chiave e di istrumenti atti a rompere ogni riparo ; costui si prepara al delitto di omicidio o di furto , ma non comincia ad e-

seguire l' uno o l' altro . Procediamo avanti con il proposto esempio . L' uomo che ha risoluto di uccidere si muove dalla sua abitazione o dal luogo ove trovavasi , e va in cerca della designata vittima , seco portandol' arme con la quale deve commettere la strage ; l' uomo che ha risoluto di rubare , provveduto dei proprj istrumenti , si incammina verso il luogo ove trovansi le cose di cui vuole impossessarsi ; in questa direzione dell' uno e dell' altro , muniti di istrumenti capaci a commettere i delitti che abbiamo indicati , non si ravvisa che una continuazione degli atti preparatorj , ma non un principio di esecuzione delle suddivisate azioni criminali . Continuiamo nell' esempio proposto . L' uomo che vuole uccidere , ha preparato le armi , e preso seco anche i mezzi onde incendiare la casa della vittima , e consumare così il cadavere ; l' uomo che si è proposto di rubare si è già inteso con un ricettatore onde portargli le cose furate , porle in sicuro o venderle ; questi atti come i precedenti sono tutti una continuazione degli atti

preparatorj al delitto , perchè con i medesimi non si comincia, ma unicamente si prepara l'azione criminosa . Il delitto si comincia quando colui che ha risoluto l'omicidio ha preso a far uso del pugnale o del fucile , o quando colui che voleva commettere il furto ha cominciato a servirsi della falsa chiave , o dell'istrumento atto a romper porte, finestre o qualunque altro serrame, perchè tali atti sono unicamente, univocamente riferibili al delitto, mentre ne imprendono la esecuzione, per quindi consumarlo .

Ora gli atti preparatorj sopra menzionati che non portano cominciamento di esecuzione dell'azione criminosa, per regola generale sono affatto distinti e separati dal tentativo , e per opinione dei migliori scrittori di diritto sono affatto indifferenti alla legge penale , a meno che la medesima degli atti stessi non faccia uno speciale delitto, un delitto *sui generis*, represso con apposita pena, o a meno che la legge stessa in alcuni di essi, per singolare ed eccezionale sanzione, non ne formi un tentativo di

delitto .

E per qual ragione la legge penale ritiene gli atti preparatorj di un delitto come atti indifferenti, e così non punibili ? Questa ragione si trova facilmente nella speciale natura ed essenza di tali atti: 1.º perchè non somministrano sempre la possibilità di ravvisare in essi in un modo certo e positivo la intenzione del delinquente : 2.º perchè non somministrano un fondamento abbastanza solido per dimostrare la loro univoca e diretta relazione al delitto : 3.º perchè sono di per se stessi incapaci di produrre danno alcuno pubblico o privato, o di ledere i diritti altrui, come lo è il cominciamento della esecuzione : 4.º finalmente perchè quando pure mostrassero intuitivamente la prava intenzione dell'agente, e la certezza della loro univoca e diretta referibilità al delitto, un principio politico assai apprezzabile, vieta di impegnare lo scellerato a cuoprre di un velo impenetrabile i suoi atti preparatorj al delitto, e di precipitare l'operato di lui verso lo scopo, onde non chiudergli la via al pentimento . — *Giuliani loc.*

cit. *Roberti Corso di dir. pen. part. 1 § 775 e segg.* — *Rossi Droit pénal liv. 2 chap. XXIX.*

Dunque per le premesse, per teoria generale gli atti preparatorj al delitto non formano principio di esecuzione dell' azione criminosa, e non sono però imputabili.

Prima di finire sù questo secondo stadio dell' azione criminosa, crediamo opportuno riportare alcuni versi del nostro immortale Dante (*Purg. XXV 40*) dei quali molto acconciamente, e con la sua solita dottrina, si serve l'elogiato Nicolini nella operetta citata, per distinguere e separare nettamente il secondo dal terzo stadio ;

*E quale il cicognin che le-
va l' ala*

*Per voglia di volare, e non
si attenda*

*Di abbandonar lo nido , e
giù la cala .*

Ora adottando questa vivace poetica immagine alla materia in discorso , l' esimio autore soggiunge, che se alcuno si atteggia e *sta sulle ali*, e *ancor non si attenda* è nell' appa-

recchio ; l' attentato verificandosi di poi immediatamente quando comincia un atto di esecuzione ; il primo atto perchè poco discosto dal pensiero, e molto dall' effetto, deve col pensiero confondersi ; il secondo che, seguitando la similitudine , consiste nello *abbandonar lo nido e slanciarsi sulle ali* dà cominciamento all' azione , ed in esso sta il tentativo.

Eccoci dunque giunti al terzo stadio, nel quale unicamente si verifica il tentativo o il conato di delinquere . Questo stadio contiene tutti gli atti che sono necessarj al cominciamento, come alla prosecuzione del fatto criminoso, escluso l' ultimo, che perfeziona, consuma , termina il fatto medesimo, perchè se questo vi si comprendesse, non di tentativo si tratterebbe, ma di delitto perfetto e consumato, ed allora dal terzo stadio saremmo giunti al quarto .

Ciò premesso , gli atti di esecuzione nei quali il tentativo consiste, e che si partono di là dove quelli preparatorii hanno cessato, per dar cominciamento all' azione delittuosa, possono arrestarsi sul primo loro

sorgere, come possono progredire dando vita ad atti della medesima indole e natura, i quali vanno a poco a poco avvicinandosi alla meta, a quell'atto finale che porta la consumazione. Dalla maggiore o minor distanza che passa dai notati atti a quello finale e decisivo, è nata la distinzione, che tutti i pratici hanno adottata fra il tentativo o conato *prossimo*, ed il tentativo o conato *remoto*, distinzione la quale non solo sta a dimostrare quel più o quel meno che il delinquente si è impegnato nella via del delitto, ma anche la maggiore o minore civile responsabilità che egli contrae di fronte alla legge penale.

Abbiamo fin qui accennato qual è la giuridica natura del tentativo. Ora, prima di progredire nelle nostre disquisizioni, vogliamo in un modo più chiaro disegnarne gli essenziali giuridici caratteri. Vuolsi adunque:

1.º un cominciamento di esecuzione dell'atto o degli atti che compongono il fatto materiale, che l'autore si era proposto di commettere;

2.º che i fatti ai quali il

cominciamento si riferisce, sieno unicamente ed univocamente referibili all'azione criminosa, cioè che sieno esclusivi di ogni dubbio, che a detta azione o a qualunque altra lecita o indifferente appartengano;

3.º che il preannunciato cominciamento abbia in se stesso capacità di esser sospeso, o interrotto *anche* per volontà dell'autore del tentativo; e

4.º che gli atti esecutivi costituenti il tentativo, sieno mezzo idoneo alla consumazione del delitto, sicchè, se non fossero stati interrotti, la consumazione stessa sarebbe immanabilmente avvenuta.

Da tali precetti emergono le seguenti legali conseguenze.

Che i nudi pensieri manifestati per minaccia o jattanza non sono tentativi di delitto, perchè mancano del carattere d'idoneità alla di lui consumazione, mentre chi tenta un delitto tende a consumarlo, chi minaccia non intraprende nè eseguisce il delitto, anzi tradisce per vana pompa e vantazione la intenzione di astenersene; può per altro talvolta avvenire che la minaccia sia realmente mezzo onde com-

mettere delitto, e costituisca l'uso della violenza morale onde ottenere lo scopo che il delinquente si è proposto; in tal caso costituisce tentativo, perchè la minaccia si riferisce ad un male non futuro ma presente ed è diretta ad imporre alla volontà ed alla libertà del minacciato. Ma non di questa minaccia noi qui parliamo, sibbene della minaccia isolata, ristretta in se stessa; e può avvenire anche che la legge penale di questa stessa minaccia isolata costituisca un delitto *sui generis*. (Vedi in proposito l'art. 362 del Codice Penale.)

Che le azioni non univocamente referibili al delitto non costituiscono tentativo. Infatti, se il fatto che a taluno si obietta come tentativo di delitto, potesse naturalmente riferirsi ad un'azione indifferente o innocente, e fosse almeno dubbio se a questa o al delitto si dovesse riferire, mancherebbe uno degli estremi principali per caratterizzarlo conato, e diverrebbe così impunibile.

Che l'atto intrapreso ammetta la necessità dell'inter-

vento di altri atti successivi, sia per progredire nell'azione, come per compirla, talchè questi ultimi possano essere per opera altrui interrotti o troncati per il successivo pentimento dell'agente. Figuriamoci il caso di colui che vuole uccidere, mediante la esplosione di un archibuso carico, ben si intende, a polvere pirica ed a piombo; che esplode il detto archibuso a distanza da uccidere, ma per quella esplosione la vittima designata non è rimasta uccisa. Quest'atto non costituisce tentativo, perchè nulla a far rimaneva all'agente dopo di questo, che potesse da altri essere impedito, o dal pentimento dell'agente interrotto. Tutto quanto doveva farsi per eseguire il delitto, per quel solo atto di esplosione è rimasto compito, e se la strage meditata e voluta non è seguita, e non ha coronato la prava intenzione dello esplosore, non può razionalmente sostenersi aver egli tentato un omicidio, ma deve ritenersi invece, che l'evento ha fatto mancare la consumazione del delitto. Da tali principj sorge la differenza che passa fra il conato, e il de-

lito mancato, di cui più a lungo a suo luogo parleremo ;

Che finalmente gli atti che non sono idonei alla consumazione del delitto non costituiscono attentato ; l' uomo che con la intenzione di uccidere esplode contro un altro uomo un archibuso carico di semplice polvere , o anche carico a piombo micidiale a tal distanza da non potergli nuocere, non sarà giammai debitore di tentativo di omicidio, mentre l'atto da lui assunto non poteva giammai condurre a questo effetto ; di tali atti fisicamente inidonei a recar danno, la società nulla avendo a temere, può senza pericolo lasciargli impuniti, a meno che costituiscono in se medesimi, di fronte alla legge penale, un delitto *sui generis*. Nè giovi l' osservare esser necessario che la inidoneità dell'atto debba esser riconosciuta dall'agente per esimerlo da ogni imputazione , mentre, ammesso anche che questo abbia creduto fermamente che l' archibuso fosse carico , che la distanza da cui lo ha esploso fosse sufficiente ad uccidere, con ciò non si cambia la natura dell' azione , e il

volo punire per il solo riflesso della pravità dell'atto, o per l' altro del timore che l'agente rinnoverà i suoi sforzi per la esecuzione dell' azione criminosa , equivarrebbe, o a punire la semplice intenzione , o a punire per l'azione futura, non per la passata . Nè danno alcuno per la società può esservi, non essendo presumibile che i malvagi abbiano incentivo di adoprare mezzi inidonei per rimanere impuniti. Lo stesso deve dirsi, tutte le volte che l' agente non ha potuto compire l' azione, non perchè circostanze fortuite indipendenti dalla di lui volontà ne lo abbiano impedito , ma perchè esisteva un ostacolo insormontabile a che l'azione criminosa si eseguisse, come si verificherebbe nel ladro, che per abbattere una forte serratura, o per aprirla con falsa chiave, adoprato avesse istrumenti non adatti, e che dopo molte e molte pazienti prove non avrebbe potuto giammai raggiungere il pravo suo intento ; o quando convinto che la cosa da lui appetita si trovasse in un determinato luogo , non vi fosse , e così mancasse il subietto su

cui eseguire il furto . E le ragioni a cui le regole già premesse si appoggiano, oltre quelle politiche già addotte , sono a parer nostro evidentissime . Come mai senza rinunciare al senso comune potrà dirsi , che l' agente nei casi sopra discorsi avesse commesso un tentativo di omicidio e di furto, se il furto e l'omicidio non potevano giammai avvenire, sia per la incapacità dei mezzi che sono stati adoprati, sia perchè non poteva ottenersi lo scopo che l' agente si proponeva ? il tentativo non è forse un azione delittuosa in via ? Ma se la via si è sbagliata , se per quanto cammino si facesse in essa non poteva giungersi mai alla meta, come potrà dirsi e ritenersi, che la via percorsa fosse cominciamento e progresso, onde giungere a quello scopo che non poteva raggiungersi? (*Vedi Rossi op. cit. liv. 2 chap. XXIX*)

Concludendo sù questa interessante questione , nel risolvere la quale si vedono sovente i Tribunali cadere in errore , onde ritenere in una azione criminosa incominciata e non compiuta , il concorso degli e-

stremi capaci a costituire il tentativo , fa d' uopo provare che nell' agente trovavasi oltre la volontà di commettere il delitto, anche la potestà di eseguirlo , e mancando quest' ultima , gli atti esecutivi adoperati, riescono inani e così non imputabili .

Ora che abbiamo referite le teorie dalla sc'enza penale prescritte, onde determinare i giuridici caratteri del tentativo , passiamo all' esame della importante questione, che consiste nel sapere se le suddivisate teorie sono applicabili a tutti i delitti, tanto informati da dolo di proposito, che da dolo d'impeto o da colpa , quanto che sieno d' indole grave o gravissima , quanto che sieno di lieve importanza .

Sulla prima parte della questione, gli scrittori di scienza penale sono di discorde parere, rapporto ai delitti influenzati da dolo di proposito, o da dolo d' impeto; sono unanimi quanto agli altri prodotti per colpa. In rapporto ai primi coloro che sostengono doversi ammettere il tentativo soltanto là dove è intervenuta premeditazione o dolo di nequizia , osservano

che in questi può il principio politico di imputabilità del cominciamento della esecuzione ricorrere, perchè la mente dell' agente, forte della precedente prava risoluzione, ha tempo e spazio sufficiente per riflettere alle conseguenze cui va incontro, con l'assumere la esecuzione del fatto criminoso; ha calma bastante per conoscere se deve sostare o progredire nell'azione; ha coscienza piena in una parola di quello che fa, ed è in grado di sentire quella voce che nel cuore gli grida la necessità del pentimento. Infatti, se il tentativo racchiude in se la idea di un azione intrapresa come mezzo per giungere ad un fine preveduto e maturato, porta seco la condizione indispensabile di una volontà freddamente deliberante. Al contrario, quando l'uomo è dominato dalle passioni, e sotto il loro potente influsso risolve il delitto, e comincia ad eseguirlo, il determinare e lo eseguire formano un punto solo, quasi impossibile a separarsi in due distinti atti. Se, come vedremo in appresso, il concorso del pentimento può render impunito il tenta-

tivo, sia pur giunto agli atti estremi, senza per altro raggiungerli, di questo favore rimarrebbe sempre privo l'uomo che agisce sotto l'impero di un potente patema, ed egli sarebbe perciò più duramente trattato di colui, che deliberatamente agiva. A ciò si aggiunge il riflesso della grave difficoltà che si incontra nel dedurre dai fatti avvenuti la intenzione dell'agente, che accecato dalla passione, agisce talora in modo da non ottenere lo scopo, che a lui troppo leggermente si impresta. Sostengono questa dottrina *Nani Principj di Giur. Crim.* § 108 — *Carmignani Teoria delle Leggi lib. II cap. 14.* — *Giuliani op. cit. cap. 5* §§ 1 e 4.

Al contrario coloro che la dottrina opposta propugnano, sostengono che, anche nelle azioni criminosi da dolo d'impeto influenzate, il tentativo è punibile, e ne danno per ragione che là dove può ottenersi la prova dell'intenzione di commettere quel dato delitto, la cui esecuzione è incominciata, se non può nascer dubbio che l'azione consumata è imputabile, non può controvertersi che il

cominciamento di essa debba reprimersi ; ma questo ragionamento, che alquanto sa di pe-
tizione di principio, non risponde nella minima parte ai riflessi che danno appoggio alla dottrina contraria, e che si fondano , come abbiamo notato , nella istantaneità degli atti di pensiero e di esecuzione, nella quasi impossibilità di dar luogo al pentimento , e nella grave difficoltà di constatare qual fosse la intenzione dell' agente e quale il mezzo di eseguirla . Sostengono tale dottrina *il Roberti op. cit. part. I § 787 e segg.* e tralasciando di altri il chiaro autore della *Teorica del Codice Penale a pag. 87.*

Noi, che incliniamo ad esser seguaci piuttosto della prima che della seconda opinione, non vogliamo per questo intendere di rendere affatto impune l'atto di incominciamento e di prosecuzione dell'azione criminosa; se da quest' atto niun danno reale o potenziale resulti , mancherebbe la ragione politica per punirlo; se un danno ha recato o potuto recare, di quel solo delitto cui il danno si riferisce, intendiamo sia passibile l' agente, che riceverà pena

proporzionata a ciò che avrà fatto, qualunque fosse la di lui intenzione .

Trattiamo adesso la seconda parte della preaccennata questione, mediante la quale si ricerca se nelle azioni influenzate da colpa può esser imputabile il tentativo . È ben facile lo sciogliere questa questione per la negativa, mentre ciò che dall'agente facevasi, era diretto ad ottenere un fine affatto contrario a quello dannoso che resultar poteva dal proprio fatto. Il cacciatore che vede passar da una strada frequentata una lepre, e contro di essa esplode l' archibuso di cui era munito , sarà responsabile del fatto suo imprudente, se ferirà o ucciderà chi passava per detta via , ma se niun danno ha arrecato ai transitanti, non potrà tenersi a calcolo per ciò che dalla di lui oscitanza poteva nascere , perchè mancava in lui diretta intenzione ad uccidere o a ferire, e non può dirsi che abbia cominciata l'azione che poteva condurre all' omicidio o al ferimento. In questa dottrina concorrono tutti gli scrittori della scienza.

Esaminiamo adesso la terza

parte della proposta questione, la quale ha una certa affinità con la prima. Tutti gli scrittori della scienza sono concordi nel modo con il quale merita di essere sciolta. Essi dicono all'unisono, che le teorie sulla imputazione del tentativo non sono applicabili che ai delitti gravi e gravissimi, giammai ai delitti lievi, che di tenui pene sono minacciati. Appoggiano questa dottrina alla ragione ed alla autorità. Alla ragione, dappoichè lo scopo politico che è base alla punibilità delle azioni criminose incominciate e non compite, il danno cioè in atto o in potenza che sono in grado di produrre, ed anche il pubblico allarme che da esse può nascere, si fa così tenue, così impercettibile in quelle della minima civile importanza, che sarebbe opera vana o sterile affatto lo assoggettarle ad una penale sanzione. Quindi è misura migliore e più coerente alla dignità della legge rilasciarle a quella repressione, che come delitti *sui generis* meritano, o all'altra che dal fatto materiale di per se stesso potesse sorgere, come se si dovesse presumere che l'a-

gente abbia voluto ciò che unicamente ha fatto. Si appoggiano all'autorità, perchè la giurisprudenza Romana, nei migliori e più luminosi suoi tempi, per regola riteneva il tentativo impunibile, e per eccezione ne ammetteva la repressione solo nei gravissimi ed atroci delitti, e perchè ancora, questi principj sono stati sempre ritenuti dalla scuola Italiana e specialmente dalla giurisprudenza nostra; finalmente perchè anche i Codici moderni Francese ed Italiani per la maggior parte hanno limitato il diritto di punire il tentativo alle sole azioni sottoposte alla cognizione della massima competenza criminale, salvo alcune poche e rare eccezioni nelle altre di minor conto.

Finalmente dobbiamo rimarcare, che alcuni delitti non ammettono per la loro speciale giuridica natura ed indole la ricorrenza del tentativo, ritenendosi come consumati e perfezionati al primo atto. Il celebre Romagnosi (*Genesi del Diritto Penale* § 670) chiama tali azioni delitti di *semplice esecuzione* a differenza delle al-

tre, che esigono più atti per esser condotte a compimento, da esso chiamate delitti di *esecuzione complessa*. I delitti appartenenti alla prima specie sono tutti quelli che constano di mere parole, come le ingiurie verbali, alcuni fra quelli che violano la Religione, come la bestemmia, l'eresia ec. ec., la maggior parte dei delitti politici come la congiura, la cospirazione, la violenza pubblica, il tumulto, l'associazione illecita, e finalmente la calunnia, la falsa testimonianza e lo spergiuro. In questi delitti, o vi è il nudo pensiero immune da penale sanzione, o vi è l'azione criminosa completa da punirsi con la pena ordinaria; quando il Codice Penale ci richiamerà a parlare di tutti questi delitti da noi dimostrativamente indicati, daremo alla teoria sopra posta un più ampio sviluppo.

Dopo aver parlato della giuridica indole del conato, e separati da esso quei fatti, quelle operazioni che possono averne le apparenze, ma che mancano della di lui essenza, l'ordine logico ci richiama a tener proposito delle seguenti questioni:

1.º in quali casi l'attentato è imputabile, in quali non lo è?

2.º nei casi nei quali il conato è imputabile, quale è la giusta misura della di lui punizione?

Risolveremo queste questioni, come ci siamo proposti, con quei principj della scienza, che formano il diritto comune delle nazioni tutte civilizzate.

1. In quali casi l'attentato è imputabile.

Tutti gli scrittori della scienza sono concordi nel ritenere, che quando la prava intenzione di violare la legge penale è manifestata per atti esterni, portanti un cominciamento di esecuzione, nasce, salve le eccezioni di cui abbiamo sopra parlato, nella società il diritto di punirne l'autore, che con il proprio fatto ha posto in allarme tutti coloro ai quali il fatto stesso portava danno, o almeno pericolo imminente. La sicurezza pubblica e individuale ha subito una minaccia, la legge penale è stata, se non completamente, almeno in parte violata, per gli atti che conducevano

al delitto ; il pubblico esempio ha bisogno di una riparazione corrispondente al danno o al pericolo del danno nato dal tentativo ; lo estendersi più lungamente su questi principj sarebbe un far torto ai nostri lettori .

Tutto ciò premesso, fa d'uopo sulla scorta del chiarissimo Carmignani distinguere negli attentati la *qualità* dalla *quantità* ; la *qualità* si conosce e si definisce con lo esaminare la causa per la quale il tentativo è rimasto tentativo , e non è passato alla consumazione del delitto .

Queste cause sono *volontarie* o *involontarie* ; le prime dipendono dal pentimento o dalla respiscenza dell' agente ; le seconde sono o *morali* o *fisiche* o *legali* .

Parliamo delle cause *volontarie*. La desistenza volontaria dell' agente dal consumare il delitto rende o no il tentativo punibile ?

Il celebre De' Simoni nella pregiata di lui opera *Dei Delitti di mero affetto part. I cap. 7 § 8.*, il chiarissimo Rossi *op. cit. liv. II. chap. 32* rispondono per la negativa: l' e-

gregio Carmignani *oper. cit. § 186 not. a* , è per l'affermativa . Quest' ultimo a sostenere la necessità di una punizione osserva : 1.º che sebbene il pentimento impedisca il danno immediato, non estingue il danno mediato o politico ; 2.º che tutti i conati, sebbene remoti e minimi, debbono punirsi perchè nñun fatto di incominciamento dell' azione criminosa vada impunito: 3.º che la necessità del pentimento può spesso nascondere la difficoltà della esecuzione ; 4.º che il pentirsi una volta non esclude l' abitudine malvagia al delitto, che può di nuovo sorgere .

I primi due al contrario, onde sostenere la loro opinione, somministrano due distinte ragioni portanti alla piena impunità del tentativo volontariamente sospeso; la prima è tutta morale , l' altra è politica . L' uomo che si pente prima di consumare il delitto non inspira allarme alla società , anzi nella pubblica opinione è riguardato con compassione, allora con benevolenza ; facilmente l' uomo crede al pentimento , lo considera come la virtù del peccatore ; lo crede

sempre efficace perchè, manchevole essendo di per se stesso, ha bisogno di sperare dalla Divina misericordia il perdono, e per più facilmente ottenerlo, lo accorda al peccatore; ciò quanto alla ragione morale. La politica poi ha interesse di arrestare il delitto nel suo cominciamento, e di favorire la desistenza volontaria; il punire in questo caso il tentativo, sarebbe lo stesso che obbligar l'agente a compiere il delitto, e così renderlo insensibile all'onore, o alla pietà per il suo simile; a questo suo atto di respiscenza, se la legge rispondesse con la inesorabilità di una pena qualunque, andrebbe a ritroso del principale scopo che essa si propone, di prevenire per quanto è possibile il danno sociale, di tutelare la società con la repressione, quando l'azione criminosa è avvenuta. All'oggetto poi della difficile prova della sincerità del pentimento, e della possibilità del ritorno all'azione criminosa, rispondendo, che la giustizia umana non deve portare le sue indagini nel pensiero degli uomini senza cadere in gravi errori, non deve obbligare questi a pre-

sentare delle prove negative difficilissime ad ottenersi; la questione sulla prova della spontaneità della desistenza è del dominio del giudice; e tosto che questi ha ritenuta la spontaneità stessa esistere, o mancare la prova che dipendesse da circostanze fortuite, indipendenti dalla volontà del colpevole, la ragione di dubitare sparisce, e non può perciò istituirsi discussione alcuna ragionevole.

L'egregio Giuliani nell'opera da noi citata, tenta assai felicemente di conciliare le due opposte opinioni sopra referite nel seguente modo; se gli atti costituenti il cominciamento dell'azione criminosa hanno recato danno alla persona o ai beni altrui, ed abbiano di per se stessi i caratteri di un delitto *sui generis*, allora al penitente dovrà infliggersi la pena a quel delitto minacciata, non quella del tentativo del delitto; se nel tentativo non ricorrono i citati caratteri allora esso deve rimanere impunito.

E questa ultima teoria, che è professata dal Giureconsulto Paolo alla *Leg. 19 ff. ad legem*

Cornel. de falsis « ivi » Qui sunti .

» *falsam monetam percusse-
» rint, si totum formare no-
» luerunt, suffragio justae
» poenitentiae, absolvuntur* »;
da molti altri scrittori sì anti-
chi che moderni, come anche
dal Codice Francese implicita-
mente, espressamente da alcu-
ni fra i Codici Italiani, e dal
Codice nostro all'art. 48, è più
di ogni altra consentanea alla
naturale equità, ed alla ragio-
ne di punire.

Dobbiamo adesso intratte-
nerci sulle cause *involontarie*.

La prima è quella che chia-
masi *morale*, la quale verifi-
casi ogni qualvolta, o la forza
pubblica o qualunque altra
persona, per l'interesse che ha
nello impedire il delitto, o per
l'amore del pubblico bene, sor-
prende il delinquente nella e-
secuzione del delitto, e ne im-
pedisce il compimento e la con-
sumazione; o quando il reo sor-
preso, o che teme di esserlo,
lascia in tronco l'azione cri-
minosa incominciata, e si dà
alla fuga; o quando, indepen-
dentemente dalla volontà del-
l'agente, nasce una eventualità
qualunque che arresta il pro-
gresso dei fatti già da lui as-

La seconda che dicesi *fisica*,
nasce da quegli ostacoli che la
natura, o il fatto umano ha po-
sti alla piena consumazione del
delitto.

La terza, che chiamasi *lega-
le* si verifica, quando l' agente
ha intrapresi e consumati tutti
gli atti che dovevano condurre
alla esecuzione di un delitto,
che non poteva giammai com-
pirsi, perchè nel fatto manca-
vano gli elementi giuridici del-
l' azione criminosa.

Di queste tre diverse cause,
la prima sola ritiene i caratte-
ri giuridici del conato, le altre
due ne mancano in un modo
positivo; infatti rapporto alla
seconda, cioè alla causa *fisica*,
riprendendo gli esempj che per
maggior chiarezza abbiamo ri-
portati a pag. 13 (v. II) vedremo
che colui il quale ha mancato di
servirsi di mezzi idonei a com-
mettere il delitto, come colui
che era impossibilitato ad otte-
nere lo scopo che si era pro-
posto, si affaticano invano ad
ottenerne la consumazione;
il fatto di costoro per le ra-
gioni già da noi addotte, e
che non vogliamo ripetere, non
è tentativo, ma si residua a

porre in essere atti di per se stessi inutili o inani, uguali al fatto di quel fanciullo, che con un piccol vaso pretendeva di porre a secco l'oceano, atti che saranno punibili, se la legge penale gli avrà contemplati come delitti di per se stessi, non come un cominciamento di un'azione criminosa che giammai poteva compiersi. A maggioranza di ragione poi mancano del carattere e della essenza giuridica del conato le cause *legali*, le quali si esemplificano nella ablazione della cosa propria creduta aliena, e nel concubito, piacevolmente narratoci dal Boccaccio, di Riccardò Minutolo, che credendo giacere con donna altrui, giacque con la propria; nell'uno e nell'altro fatto, sebbene esista la criminosa intenzione, seguita da tutti quelli atti esterni che portar potevano alla consumazione del delitto, è evidente, che il delitto medesimo non poteva raggiungersi, perchè il fatto riducevasi ad azione lecita o indifferente. Dal che emerge, che tutti gli atti esterni di una risoluzione criminosa dall'agente nei proposti esempj eseguiti, non erano, nè potevano essere

cominciamento nè consumazione di un delitto, ma atti sterili di una coscienza rea, caduta in errore o in inganno. E perciò niuna imputabilità può nascere da atti di simil genere, perchè tale imputabilità percuoterebbe unicamente il pensiero, mentre gli atti stessi sono di per se inabili a produrre danno e pericolo alla società.

Ora dopo i premessi riflessi concluderemo col dire, che il solo tentativo punibile, è quello avente origine da causa *involontaria morale*.

2. Come deve punirsi il tentativo.

È tempo adesso di occuparci della seconda questione. Quale esser deve la misura della pena dovuta al tentativo? Questa è disputa lungamente e dottamente discussa dai migliori scrittori della scienza sì antichi che moderni, e da essi risolta in un modo univoco e concorde, in onta del diverso modo con il quale alcune legislazioni l'hanno esaurita.

Infatti quei pochissimi in

numero, che hanno sostenuto e sostengono doversi il tentativo punire alla pari del delitto consumato, tengono una opinione combattuta dal senso comune e dalla coscienza pubblica, che elevando la loro voce, dicono il delitto non esser consumato, quindi minore dover essere la punizione. Questa idea di proporzione materiale, questo sentimento di giustizia, dice il chiarissimo Rossi, nella tante volte citata di lui opera, è naturale all' uomo perchè è conforme alla portata delle di lui vedute, e alla condizione dell' esser suo finito e fragile; pensino i legislatori e dispongano come vogliono, soggiunge il lodato scrittore, è da credersi fermamente che il pubblico non divida la loro opinione, per la quale si recide la testa dell' assassino, la cui vittima è già nella tomba, alla pari di quella dell' altro, che non ha potuto uccidere, e la cui vittima trovasi forse nel numero degli spettatori del supplizio di lui.

Ma astrazion fatta da questo principio, che si parte dalla pubblica opinione, giudice inesorabile dei legislatori come

dei privati, esaminiamo la questione di fronte ai principj che sogliono regolare i giudizj della giustizia umana. Il tentativo rimase sospeso per causa involontaria, o, come dicono i pratici, per un avvenimento fortuito indipendente dalla volontà umana; senza questo ostacolo, siamo sicuri che il delitto sarebbe stato consumato? l' agente non poteva forse pentirsi? chi può asserire il contrario, onde escludere un atto assolutamente dependente dalla di lui volontà? Dunque ogni giudizio su ciò che concerner poteva quello che sarebbe avvenuto, dopo l' atto di sospensione, è un giudizio azzardato, mentre vuolsi imputare ciò che si ignora, vuolsi punire sopra semplici congetture. Fino a che restano atti ad eseguire il pentimento è possibile; la legge, come abbiamo avvertito, deve tener conto non solo del pentimento reale, ma del pentimento possibile, prima della consumazione; nel primo caso assolvendo, nel secondo minacciando il reo di pena minore di quella, che avrebbe meritata a delitto consumato.

Un'altra ragione politica, che

conduce a questa medesima conseguenza, consiste nella natura ed essenza del tentativo ; il male che questo produce alla società è minore di quello che nasce dal delitto consumato , perchè nel tentativo esiste minaccia di violazione della legge penale , nel delitto consumato la violazione è completa ed esaurita .

Una terza ragione finalmente, del pari politica, si basa sul riflesso , che essendo rimasta sospesa l' azione criminosa l' agente non ha ottenuto quel profitto , quella soddisfazione che proponevasi dal delitto, profitto e soddisfazione che avrebbe dovuti spiare con la pena .

Da queste considerazioni risulta la teoria, sanzionata dal buon senso e coscienza universale e dalla ragione politica, che insegna la pena del tentativo dovere esser inferiore a quella minacciata per il delitto consumato.

Ma la giustizia non permette, che una sola sia la misura di punizione dovuta a tutti i tentativi , in quanto che se il diritto , che ha la società di punirli , si parte dal danno e dal pericolo che gli atti che li

costituiscono hanno arrecato o potuto arrecare , ragion vuole che la repressione stia in ragione diretta di tal danno o pericolo, e inversa della possibilità di un pentimento per parte dell' agente; egli dovrà perciò più o meno punirsi, secondo che si sia più o meno spinto innanzi nella esecuzione dell' azione criminosa, abbia più o meno dimostrato di persistere nella esecuzione medesima , nel percorrere, secondo la espressione dell' Alciato, lo stadio per giungere alla meta . Da qui i pratici hanno, per misurare la quantità del tentativo , come abbiamo superiormente accennato a pag. 41 (vol. II) distinto il medesimo in *remoto e prossimo*; il primo, come la parola materialmente suona, consiste in atti che ne lasciano desiderare altri, avanti di giungere alla consumazione, cioè al contatto del plenario successo ; il secondo si verifica quand' niente altro rimane a farsi, che dar compimento all' azione criminosa.

Dal che deve desumersi l'altra teoria, che la pena del tentativo deve esser minore di quella del delitto consumato ,

deve ad essa avvicinarsi a misura che il tentativo si ravvicini alla consumazione. Tale gradazione di pena deve lasciarsi alla prudenza e arbitrio del giudice, o determinarsi dalla legge nei diversi casi di tentativo prossimo, o remoto? Risponderemo a tal questione nel commento al successivo art. 45.

Non dobbiamo però omettere di osservare, che alcuni autori di non lieve credito sostengono, doversi soltanto punire il tentativo quando è *prossimo*, doversi disprezzare quando è *remoto*, a meno che i fatti che lo compongano non costituiscono un delitto *sui generis*. A questa teoria ha data la sua sanzione il Codice penale Napoletano, che restringe la punizione dei tentativi ai soli atti prossimi alla consumazione del reato.

Finalmente sarà per noi opportuno l'osservare che quanto è stato da noi, tenendo dietro ai principj della scienza, rimarcato sulla imputazione del tentativo, procede unicamente nel concetto, che l'agente dando opera al cominciamento ed alla prosecuzione degli atti cri-

minosi senza compirli, abbia avuto, come dice l'art. 34, coscienza dei suoi atti e libertà di elezione, dappoichè se egli era privo di intelligenza, di volontà, o di libertà, ogni imputazione sparirebbe nel tentativo, come sarebbe esclusa nel delitto consumato, per le ragioni che abbiamo largamente esposte commentando il suddetto art. 34.

Legislazione Romana.

Abbiamo di già, parlando della definizione del delitto a pag. 5 (vol. I.), riportato la *leg. 18 ff. de poenis*, da cui si ha, la non imputazione del pensiero criminoso: a questo frammento di Ulpiano vogliamo adesso aggiungere l'altro del Giureconsulto Paolo nella *leg. 1 ff. eod.*, nel quale si dice « *Sola cogitatio furti faciendi non facit furem; sic is qui depositum abnegat, non statim etiam furti tenetur, sed ita, si id intercipiendi causa occultaverit.* » Questa legge, che si riferisce al solo delitto di furto, contiene secondo gli interpreti una disposizione comune a tutti i reati.

Alla indicata massima consentita dalla ragione universale, non si oppongono altre leggi del Romano diritto, dalle quali vorrebbe si trarre la teoria contraria, cioè che nei delitti dovesse aversi riguardo alla volontà non all' effetto, come sarebbe per esempio quanto dice il giureconsulto Callistrato nella *leg. 14 ff. ad leg. Cornel. de sicar.* « ivi » *In maleficiis voluntas spectatur non exitus* » quanto soggiunge il giureconsulto Paolo nella *leg. 7 ff. eod.* « ivi » *Dolus in hac lege pro facto accipitur* » quanto insegna l' altro giureconsulto Saturnino nella *Leg. 16 ff. De poenis* » ivi » *aut facta aut consilia puniuntur* » e quanto finalmente prescrive Paolo *lib. V sent. ec.* « ivi » *Consilium unicujusque non factum puniendum est.* » In queste leggi infatti o si è avuto in mira l' altra regola tanto giusta e razionale, quanto assurda sarebbe quella di punire il solo pensiero, di trarre il giudizio della imputazione, non dal fatto materiale violatore della legge penale, ma dalla volontà del delinquente, la quale mancando, rende il

fatto medesimo il risultato della forza bruta dell' uomo o di una forza maggiore a cui non si può resistere; o sono relative a leggi speciali ed eccezionali, che senza nuocere alla regola la confermano. (*Vedi Nicolini operetta citata pag. 14. Roberti loc. cit. §. 737*)

Ritenuto adunque che per la sapienza Romana il pensiero, ossia la nuda intenzione di delinquere non era imputabile, passiamo al conato.

Ulpiano, che primo fra i giureconsulti Romani aveva detto *cogitationis poenam nemo patitur*, nella *Leg. 1 ff. quod quisque jur. in alt. stat.*, ci dice in poche parole qual conto debba farsi dell' azione criminosa cominciata, ma non consumata « ivi » *Nam verbum statuit, rem perfectam significat; et consumatam injuriam, non coeptam... quid enim obsuit conatus, cum injuria nullum habuerit effectum?* » E lo stesso Ulpiano conferma questo medesimo principio nella *Leg. 27 § 1 ff. de furtis* « ivi » *qui furti faciendi causa conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causa in-*

» *traverit* ; e ricercato a dire di quale azione l' uomo entrato nel conclave sarà tenuto , non risponde che è debitore di tentativo di furto , ma de vi se usò violenza , *injuriarum* se agì senza violenza ; il che dimostra avere il Giureconsulto considerata l'azione in se stessa come compita, non come un cominciamento di un'altra ; e così aver creduto doversi l'uomo in questione tenere a calcolo di un delitto *sui generis* ; questo medesimo insegnamento viene dallo stesso Ulpiano confermato poche linee sotto la stessa legge, ove esamina il caso di colui che non potendo asportare tutto ciò che contien- si nel forziere da esso rotto, si limita ad alcune cose , ed egli dice non esser debitore del furto del tutto , ma sibbene « *ivi* » *singularum rerum* » *quas tulerit fur est , coe-* » *terarum non est* » e confutando la teorica che voleva introdurre Ofilio così si esprime nella *leg. 21 ff. 4 t.* « *ivi* » » *Vulgaris est quaestio an si* » *ex acervo frumento mo-* » *dicum sustulerit totius rei* » *furtum faciat , an ve-* » *rum ejus tantum quod su-*

» *stulit . Ofilius totus acervi* » *furem esse putat : nam et* » *qui aurem alicujus tetegit,* » *inquit Trebatius, totum vi-* » *deri eum tetigisse : proinde* » *qui dolium aperuit, et inde* » *parum vini abstulit , non* » *tantum etias quod astulit ,* » *verum totius videtur fur es-* » *se ; sed verum est , in tan-* » *tum eum furti actione te-* » *neri quantum abstulit . »*

Della medesima opinione di Ulpiano è il Giureconsulto Africano nella *leg. 6 ff. ad leg. Corn. de falsis* nella quale dice, che per speciale disposizione della legge Cornelia, è debitore di falso colui che foggìò un falso testamento o un falso legato ancorchè non abbia ottenuto lo scopo che egli si proponeva ; ma non esser di detto delitto debitore colui che ha già steso il falso testamento , ma non è ancor giunto ad ottenere la firma o sottoscrizione del testatore , e ciò per la evidente ragione, che nel primo caso la legge riteneva come perfetto il delitto di falsità, e nel secondo non essendovi che un tentativo , star doveva il precetto di Ulpiano « *nisi ob-* » *fuit conatus , tunc iniuria*

» *nullum habuerit effectum.* »

Infine una riprova della osservanza della teoria generale stabilita da Ulpiano, l'abbiamo chiarissima nella *leg. 20 cod. de furtis et de serv. corrup.* nella quale l'Imperator Giustiniano, esaminando il caso di taluno che avesse tentato di subornare il servo, perchè sottraesse qualche cosa al padrone, senza che vi fosse riuscito, decise doversi in ogni modo costui tenere a calcolo dell'azione penale *de servo corrupto*, quantunque confessi « *ivi* » *se- cundum juris regulas furtum quidem non est commissum* » e che così il tentativo, che non ebbe successo, non fosse punibile. Onde è che il dotto Alciato dovè concludere « *ubi jure poena irrogatur, oportet perfectum fuisse crimen.* »

Da quanto fin qui abbiamo detto, e da quanto a mera esuberanza potremmo soggiungere per argomenti tolti dagli storici che delle leggi Romane si sono occupati, a noi sembra evidentemente risultare, che presso i Romani per regola generale il tentativo del delitto non era punibile, e questa re-

gola generale noi la troviamo consacrata in tempo di molto anteriore all'epoca nella quale visse Ulpiano, che la tolse; a quanto pare, dai precetti lasciati da Catone il maggiore, mentre Sallustio nella Catilinaria al n. 52, referendo la orazione che pronunziò in Senato Catone il minore, pone in bocca del medesimo le seguenti parole « *ivi* » *nam coetera tam persequare, ubi facta sunt; hoc nisi provideris, ne accidat, ubi evenit frustra judicia implores* » parole che presentano la regola e la eccezione; la regola che impone non doversi i delitti punire se non sono consumati, la eccezione, che vuole punirsi nel gravissimo delitto di sovversione del Governo esistente, il tentativo per la ragione *ubi evenit frustra judicia implores*.

Ma la eccezione di cui abbiamo ora fatto cenno per il delitto, che poi fu chiamato di maestà, estendevasi ad altri delitti dei quali adesso andiamo a far parola. Senza che della maestà più oltre andiamo consultando i frammenti delle leggi di Silla riportati nei Digesti,

abbiamo già veduto qual fosse la ragione per la quale dalla regola si era deviato nel delitto stesso.

La seconda eccezione adunque si trova nella *Leg. 4 §§ 10 e 11 ff. de re milit.* La necessità di conservare nella milizia la disciplina, doveva produrre questa eccezione, tendente non solo a punire il tentativo comunque, ma a punirlo con la medesima pena del delitto consumato.

La terza eccezione ricorre per la legge Sillana *de sicariis et veneficiis*, mentre nelle *leg. 7 e 8* al detto titolo si legge; » *ivi* » *qui cum telo ambulaverit, hominis necandi causa, sicut is qui hominem occiderit, poena coerceatur* » e della stessa pena del veneficio viene punito colui » *ivi* » » *qui venenum necandi hominis causa fecerit vel vendiderit.* » A far conoscer la causa, che portò Silla a queste severissime prescrizioni, serve l'avvertire che si riferiscono ai tempi torbidi per civili contenzioni, e ad una epoca nella quale il potere dittatoriale fu spinto fino alla tirannia; infatti vediamo in tempi posteriori

e più quieti sovente eluse le prescrizioni medesime.

Finalmente la quarta eccezione alla precitata regola l'abbiamo nella *leg. 17 ff. de aedil. edict.* nella quale si prescrive, che quel servo che si asconde in luogo segreto della casa, con animo di fuggire, deve esser considerato come fuggitivo, che è quanto dire come se avesse consumato la fuga. Ognun vede che questa legge relativa al gius speciale dai Romani creato per i servi, ha pochi o niun rapporto con gli altri delitti.

Quanto abbiamo finqui esposto sulle leggi Romane appartiene ai tempi migliori della giurisprudenza di quella celebre nazione; non ci è ignoto che al declinare dell'Impero fu data una strana e prepotente estensione alle sopra notate eccezioni, e venne così confusa con queste la regola; ma di questi tempi infelici non dobbiamo servirci per norma, perchè in essi vediamo, alle buone e sane regole di diritto, succedere dottrine sovversive di ogni civiltà, ed un abuso rivoltante di una dispotica dominazione. Vaglia per tutte la fa-

mosa *Leg. Quisquis Cod. ad Leg. Juliam majes.* che il vile Eutropio promulgò, ma inutilmente, per sicurezza propria, a nome dei più inetti fra i Romani Imperatori, a cui nome egli tirannicamente regnava.

Non è luogo per altro a dissimulare il grave dubbio che la dottrina di Ulpiano, da noi sopra referita, portando la assoluta impunità del tentativo, sia coerente alle buone e sane teorie della scienza penale; onde con i migliori scrittori crediamo dovesse ritenersi, non come assoluta e generale, ma temperata nel seguente modo cioè; che l'azione criminosa incominciata e non compita, non dovesse esser punita alla pari del reato consumato, ma con pena minore, che i pratici chiamano straordinaria, e di ciò noi abbiamo a conferma quanto trovasi scritto nella *Leg. 1 ff. de extraor. crimin.* dal giureconsulto Paolo, che dice doversi punire *extra ordinem* il tentato adulterio *propter voluntatem perniciosae libidinis*. Come abbiamo rimarcato nel principio del nostro commento a questo articolo, le teorie della scienza si

uniformano alla limitazione che dar si vuole ai precetti di Ulpiano, ed in quest'ultimo senso debbono interpretarsi le opinioni che in proposito hanno emesso l' *Aut. Math. loc. cit.*, e il *Gravina De orig. jur. III c. 85.*

Leggi e Giurisprudenza Toscana.

Le leggi Patrie anteriori alla riforma criminale del 30 Novembre 1786 tacevano affatto sul conato. Questo stesso silenzio tennero non solo la legge suddivisata, quanto la successiva del 1795; al contrario quella del 22 Giugno 1816 sui furti violenti, minacciava espressamente all' art. 3.º e 4.º della pena di anni 30 e 15 di pubblici lavori il tentativo dei suddetti delitti.

La pratica giurisprudenza fu costretta per necessità a supplire al vuoto lasciato nella nostra legislazione penale in proposito al tentativo. Ecco quali erano i principj e le massime da essa stabilite.

Nel delitto di lesa maestà il conato prossimo soltanto veniva nella punizione equiparato al delitto consumato; il remoto

punivasi con pena straordinaria, sempre temporaria, più o meno grave, secondo le circostanze, ma non eccedente i due primi gradi dei pubblici lavori.

Nei furti veri e proprj reprimevasi, tanto che fosse prossimo, quanto fosse remoto, con la pena soltanto del carcere che non eccedeva l'anno, eccettuati i violenti, per i quali, come abbiain già detto, la legge del 1816 espressamente provvedeva.

Nei furti improprij, come nella truffa, nello stellionato, nella fraudata amministrazione, nella espilata eredità, nel furto delle cose trovate, non davasi azion penale per il tentativo.

Nelle falsità e nella falsa moneta punivasi il tentativo come delitto consumato, quando l'agente, esarato il falso documento, e creata la falsa moneta, aveva tentato di spendere l'uno e l'altra, ma non vi era riuscito, a condizione per altro, che il falso documento e la falsa moneta fossero in potenza di recar danno. Se poi l'autore del documento falso non avesse tentato di farne uso, non era passibile dell'azion penale per il tentativo; al contrario,

se aveva coniato o stozzata la falsa moneta, e la buona alterata, era debitore del tentativo, ancorchè non avesse procurato di metterla in corso e spenderla, ed era punito soltanto di pena di carcere, tosto che la spendibilità della moneta o falsificata o alterata fosse constatata.

Nelle violenze pubbliche e nella resistenza, si riteneva il delitto consumato, allorquando il tumulto o la sedizione erano avvenuti. Quanto alle prime, l'uso della violenza contro i pubblici ufficiali, o gli agenti della forza pubblica consumava il delitto; rapporto alle seconde, valeva la medesima regola, avessero o no gli autori del fatto ottenuto l'intento; quando lo avessero ottenuto, questa era circostanza aggravante che faceva aumentare la pena.

Nei delitti contro l'ordine delle famiglie, e contro la pubblica continenza, fossero o no accompagnati da violenza, se non erasi ottenuto l'intento che l'agente proponevasi, pronunziavasi sempre pena minore dell'ordinaria.

Il delitto d'incendio si rite-

neva per consumato, ogni qualvolta il fuoco era comunicato, mentre la misura della pena desumevasi dal danno in atto o in potenza; nei delitti congeneri della inondazione, della sommersione e della ruina degli edifizj, procedevasi con le stesse regole; e quando ricorreva tentativo nell' uno e negli altri, questo punivasi con pena straordinaria.

Finalmente nei delitti contro la sicurezza personale, si teneva sempre dietro nella punizione all'esito, non alla intenzione dell' agente, ritenuta per altro una tale intenzione come circostanza aggravante del delitto risultatone, come per esempio nel ferimento premeditato, l'animo di uccidere aumentava la pena del ferimento stesso. Due eccezioni per altro, l' una prescritta dall' art. 47 della legge del 50 Agosto 1795, l' altra determinata dalla pratica di giudicare, limitavano la detta regola. La prima riguardava lo sgrilletamento o la esplosione di arme da fuoco *contra hominem*, la quale non avesse portato nè omicidio nè ferimento, e punivasi non come tentativo dell' uno o

dell' altro, nè come delitto mancato, ma come un delitto *sui generis* con speciale pena. La seconda verificavasi nel conato di veneficio, il quale se prossimo, punivasi sempre con la pena dei primi due gradi dei pubblici lavori, se remoto con pene inferiori.

Questo era sul tentativo del delitto tutto ciò che le nostre leggi ed il nostro gius penale prescrivevano, quando il Codice venne pubblicato. Inutile è che noi facciamo rimarcare con quanto senno, con quanta moderazione, in materia sì grave e tanto lungamente discussa dagli scrittori di diritto penale, procedesse la nostra giurisprudenza, la quale d'alfronde in rapporto ai caratteri giuridici del tentativo, intieramente conformavasi con i principj della scienza, da noi superiormente esposti forse con soverchio dettaglio.

Codici moderni

Il nostro esame, secondo il sistema da noi fin qui tenuto, cadrà sui Codici moderni dei Governi Italiani e sul Francese, che è stato il modello sul

quale gli altri sono stati formati .

Adunque il Codice Francese all' art. 2 , il Napoletano all' art. 70 e segg. , il Sardo agli art. 101 e segg. , il Gregoriano agli art. 9. 10. 11. e 12. si occupano del tentativo ; con questa differenza per altro, che il primo comprende soltanto quello dei *misfatti* o *crimini* (*crimes*) senza tener proposito dei *delitti* (*délits*) ; gli altri ritengono la stessa disposizione (l' ultimo eccettuato) non senza dichiarare, che rapporto ai delitti, il tentativo non è punibile, se non che nei casi singoli dalla legge previsti; il Napoletano per altro , come abbiamo accennato, comprende i tentativi dei reati prossimi alla esecuzione . Il Gregoriano poi che, alla pari del nostro, non fa distinzione fra le azioni delittuose , tutte comprendendole sotto la generale denominazione di *delitti*, ritiene come punibile ogni tentativo, sia di gravi, come di leggere delinquenze .

La prima osservazione dunque, che qui spontanea presentasi è, che i Codici Napoletano, Sardo , Parmense e Francese

sono, non solo più moderati del Gregoriano, ma anche più conformi ai principj della scienza, i quali escludono, come abbiamo detto, la punibilità dei tentativi nei piccoli e lievi delitti, riserbandola soltanto a quelli che riguardano i più gravi, minacciati da severe pene .

La seconda osservazione è, che tutti i Codici , escluso il Gregoriano , parlando di *crimes*, *crimini*, e *misfatti*, comprendono il cominciamento di esecuzione di azioni criminose influenzate da dolo, non da colpa, perchè le azioni colpose, per essi punibili, sono collocate nella classe dei *delitti*; il Gregoriano poi tace sulle azioni colpose , riferendosi in ciò ai precetti della scienza , i quali, come notammo, escludono ogni imputazione nei tentativi, che alle azioni medesime si riferiscono .

Il Codice Francese ci dà la definizione del conato o del tentativo ; gli altri ad eccezione del Gregoriano, che non ne dà alcuna, non fanno che ripetere la definizione del Codice Francese . Opportuno è qui il trascriverla « *ivi* » *Toute tentative de crime qui aurait été,*

» *manifestée par des actes extérieurs, et suivie d'un commencement d' exécution, si elle n'a été suspendue , ou n'a manqué son effet, que par des circonstances fortuites, ou indépendantes de la volonté de l' auteur , est considérée comme le crime même.* » Dopo tutto ciò che abbiamo di sopra osservato, la referita definizione, nel tempo che è pregevole per la sua chiarezza, e per la proprietà giuridica delle sue espressioni, trovasi non ostante imperfetta per un lato, assolutamente erronea nella sua conseguenza.

Infatti è degna di elogio là dove esclude nel tentativo l'atto interno e gli atti preparatorii; mentre con l' esigere il concorso di *atti esterni, seguiti da cominciamento di esecuzione*, esclude il pensiero, ossia la nuda e semplice intenzione di delinquere, esclude gli atti preparatorii, perchè sebbene sieno atti esterni, non hanno l'altro carattere del *cominciamento di esecuzione* riferibile soltanto all'atto criminoso; e col prescrivere, che l'azione incominciata debba essere sospesa da circostanze for-

tuite indipendenti dalla volontà dell'agente, necessariamente non vi comprende il pentimento di questi, ossia la sospensione volontaria da esso eseguita. Fin qui la definizione procede giuridicamente; ma è imperfetta, o almeno lascia a desiderare maggior precisione, là dove tace sulla idoneità degli atti costituenti il tentativo, onde eseguire lo scopo propostosi dal delinquente, sia perchè questo si fosse servito di mezzi atti ad ottenerlo, sia perchè nulla ostasse a raggiungerlo; a tal che, se la scienza con i suoi precetti non soccorresse i giudici chiamati ad applicare la legge, si correrebbe il pericolo di dichiarare imputabili, come tentativo, atti di per se stessi incapaci di condurre alla violazione della legge penale.

L'errore poi in cui è incorso la legge francese, ed al quale ha dato forse causa la grave autorità del Cujacio, consiste nel punire il tentativo alla pari del delitto consumato; errore che diviene assai più grave, se si considera, che per esso sono messi in un fascio e puniti alla pari i tentativi remoti ed i prossimi, e confusi stra-

namente i *conati pretergressi* o *delitti mancati*, i quali legalmente non appartengono al vero e proprio tentativo, e meritano perciò una più grave repressione, sempre per altro inferiore a quella dovuta al delitto consumato.

Ora in quest' ultimo errore, in quello cioè di punire il tentativo alla pari dell'azione consumata, niuno dei quattro Codici italiani sopra rammentati è caduto. Una marcata differenza per altro si trova nelle loro disposizioni, sicchè esse appariscano più o meno perfette. I Codici Napoletano e Sardo distinguono il delitto mancato dal tentativo, e puniscono il primo con la diminuzione di un grado della pena dovuta al delitto consumato, ed il secondo con uno o due meno, rapporto al Napoletano, con due o tre meno, relativamente al Sardo, nel che trovasi, quanto a quest' ultimo, spazio sufficiente per reprimerlo secondo che più o meno si accosta alla consumazione. Il Codice Napoletano non abbisognava di più largo spazio, perchè non punisce, come abbiamo detto, che il conato prossimo. Il Par-

mense vuole la diminuzione di un grado soltanto, non facendo distinzione alcuna fra tentativo e delitto mancato, fra tentativo prossimo e remoto. Il Gregoriano, che non fa menzione del delitto mancato, distingue il tentativo in prossimo e remoto, e nel punirlo ammette la diminuzione di un grado nel primo, di due o tre nel secondo.

Quanto al tentativo, rimasto sospeso per il pentimento dell' agente, il Codice Sardo ed il Napoletano lo puniscono solo nel caso in cui gli atti eseguiti costituiscano un delitto *sui generis*; il Gregoriano lo punisce con la sola pena della carcere, non come delitto *sui generis*, ma come tentativo, nel che si allontana dalle teorie della scienza; il Parmense tace, e tacendo ne inibisce la punizione, per la definizione che a modo del Codice Francese dà del conato, sia perchè comprende fra i tentativi punibili, il solo caso del delitto dipendente da mandato, sottoponendo a pena il mandante, quando la sospensione provenga dal mandatario.

Osservazioni sull' articolo

L' articolo precedente, come abbiamo veduto, ci ha insegnato in che consiste il delitto consumato; quello in esame ci dice in che consiste il tentativo; non ci dà la definizione giuridica di esso; ce ne porge un cenno nel dirci che gli atti esecutivi di un delitto doloso, che non giungono a consumarlo, sono tentativi di delitto.

Il Legislatore Toscano, sebbene siasi mostrato soverchiamente laconico nella dataci indicazione del conato, ci ha detto quanto basta, perchè noi ne intendiamo la natura ed indole giuridica, sia togliendola dalle poche parole delle quali egli si è servito, sia rinviando ai precetti della scienza penale nel rimanente.

La prima parte dell' articolo che commentiamo consta di due idee distinte; una, che vuole che gli atti capaci di costituire il tentativo sieno atti *esecutivi* di un delitto; l' altra, che esige che il delitto cominciato, ma non consumato, sia *doloso*.

Nelle parole *atti esecutivi* non sono certamente compresi.

1.º gli atti interni relativi

alla intenzione di delinquere;

2.º gli atti puramente *preparatorj*, i quali, sebbene siano atti esterni che confermano essere il delinquente costante nel proposito di violare la legge penale, non cominciano la esecuzione del delitto, e così non sono atti *esecutivi* di delitto.

Nelle parole *delitto doloso*, non si comprendono le azioni avvenute sotto la influenza della colpa.

Fin qui ha parlato il Legislatore; la scienza supplisce al resto.

Sulla scorta delle teorie sopra lungamente esposte, diciamo adesso, come in epilogo, il nostro parere sulla intelligenza da darsi al preindicatedo articolo, là dove ha taciuto.

Gli atti esecutivi di una azione criminosa, che non poteva giammai compirsi e consumarsi, per la inidoneità dei mezzi adoprati dall' agente, o perchè giammai poteva ottenersi lo scopo che questo era si proposto, o perchè, non ostante la rea volontà, il fatto non costituiva delitto, sono compresi nelle disposizioni dell' articolo 43? Nò; perchè

prima il buon senso , quindi la scienza insegnano, che sono atti esecutivi di un delitto quelli soltanto , che conducano a consumarlo , giammai quelli che inutilmente si eseguono, perchè non possono, qualunque sia la tenacità dell' agente, condurre all' intento che si propone . Se poi questi atti affatto inani , incapaci di condurre al delitto , costituiscono di per se stessi un delitto *sui generis*, meriteranno la pena che per questo la legge ha sancita .

Sembra che l' altra teoria che abbiamo già esposta , la quale restringe la punibilità del tentativo alle sole azioni criminose influenzate da dolo di nequizia, ossia da premeditazione, non sia seguitata dal nostro Codice, il quale nell' articolo in esame, nel parlare di *delitto doloso* comprende anche quello che è il prodotto delle passioni ; il che prova, che il Codice nostro ha seguito l' opinione più severa di quelli scrittori, che ammettono la imputazione del tentativo, anche nelle azioni prodotte da dolo d' impeto , seguitando così i citati Codici moderni , dei quali ab-

biano superiormente tenuto parola, e i quali non fanno distinzione da dolo a dolo .

Finalmente l' articolo in esame, nel determinare la punibilità del tentativo di tutte le azioni delittuose, si è allontanato dai principj della scienza, che restringono la punibilità suddetta a quelle azioni che meritano per la loro gravità severe pene ; abbiamo veduto in proposito quello che dispongono il Codice Francese , il Napoleotano, il Sardo, il Parmense , i quali , meno poche eccezioni , limitano la repressione del conato ai *crimes* , *crimini* , *misfatti* o *reati*. Il Codice nostro ha tenuto dietro al Codice Gregoriano , e in ciò l' uno e l' altro si sono mostrati più severi, forse senza che la tutela sociale ve li costringesse , mentre nei piccoli delitti meritevoli di mite pena, manca l' interesse politico di reprimere il tentativo, e la legge, nei casi meno comuni, lo punisce col formare degli atti che lo costituiscono un delitto *sui generis* .

Ciò che appartiene alla misura della punizione del tentativo, al delitto mancato, e alla impunità del tentativo rimasto

sospeso per la volontà dell' a- servazioni che noi faremo su-
gente, sarà il subietto delle os- gli articoli che seguono .

ART. 44. — Quando la pena del delitto consumato si dee misurare secondo la quantità del danno arrecato all' offeso; dove non sia dato chiariré, a quanto mirasse l'intenzione di chi commise il tentativo, si presume, che fosse diretta allo scopo meno dannoso .

Osservazioni sull' articolo

Questo articolo segue una norma di assoluta necessità nella punizione del tentativo. È principio nella scienza notorio, che la misura della punizione nei delitti, dipende dal concorso simultaneo di due elementi ; la intenzione dell' agente; il danno o pericolo cagionato dal delitto . Questo principio di gius costituendo, deve presupporci in ogni legge penale aver guidato il Legislatore nel determinare la qualità e la quantità della pena .

Ora , tenendo dietro a tal principio , quanto è certo che nel delitto consumato la intenzione dell' agente e il danno pubblico o privato restano limpidamente nella maggioranza dei casi constatati, altrettanto l' ultimo in specie può rimanere ignoto nel tentativo. E questo

si verifica spessissimo in quei delitti nei quali il Legislatore , nel minacciare la pena, ha tenuto conto dell' ammontare del danno per il delitto avvenuto, più che della intenzione prava del delinquente . Ciò avviene in molti fra i delitti contro le proprietà, nei quali la pena suol misurarsi sull' ammontare del tolto , ed avviene ancora nei delitti contro la sicurezza personale dei cittadini, nei quali, la pena si misura dal danno risentito per la consumazione del reato .

Ora in moltissimi casi si ha, che l' agente siasi proposto di impossessarsi degli averi altrui , ma che non abbia determinato nè potuto determinare la qualità, la quantità, o il prezzo delle cose da lui appetite , rimettendosi in tal caso all' evento o all' opportunità ; ed in altri si ha che l' agente, convin-

to della rea intenzione di offendere un cittadino, non abbia espresso la misura e la qualità dell'offesa, riserbandosi di arrestarsi o spingersi più oltre nella consumazione del delitto. In ambedue la ipotesi egli comincia l'azione criminosa, ma non la compie, sicchè è chiamato a rispondere di semplice tentativo. Qual sarà la pena che a lui la legge minaccia? A questo quesito risponde chiarissimamente l'articolo che commentiamo; *se è chiarito*, esso dice, *a quanto mirasse la intenzione di chi commise il tentativo*, il che è quanto dire, se è provato a quali e quanti oggetti il pravo assunto del ladro spingevasi, o qual fosse nell'offendere il danno che voleva arrecare, facile sarà di ritrovare la modula della punizione, consultando la legge che dispone del delitto consumato, e confrontandola con quella contenuta nell'articolo che succede al presente; per esempio il furto semplice che non eccede le lire venti (art. 576) si punisce con la carcere fino ad un mese; se è provato che la intenzione del delinquente era diretta a rubare per un

valore non eccedente detta somma, l'art. 44 vuole che il tentativo non sia punito al di là della metà di quella prescritta per il delitto consumato; se è constatato avere il delinquente avuta la intenzione di uccidere, o di ferire gravissimamente, o gravemente, o leggermente, dovrà esser condannato non oltre la metà della pena minacciata ad ognuno dei ridetti delitti di omicidio, di lesione personale gravissima, grave, o leggiera. Ma se la intenzione del delinquente non era nota, ed egli preparato a rubare, avesse attesa la consumazione del delitto per risolversi a quali e quanti oggetti doveva estendersi la di lui cupidigia dell'altrui, o se mancasse ogni argomento per ritenere qual fosse la misura del male cui egli accingevasi, in tali casi la legge presume, che la di lui intenzione fosse diretta ad involare con il minor danno del proprietario, a procurare altrui il minimo pregiudizio. Una tal presunzione è nella legge degna di encomio, mentre è informata da temperanza e moderazione nel punire.

Per altro due osservazioni importanti restano a farsi sull'articolo in esame, di fronte alla di lui applicazione, ambedue relative ai canoni della scienza da noi premessi nelle nostre osservazioni sul precedente articolo.

La prima è di richiamare alla memoria dei giudici, che le teorie del tentativo non sono applicabili a tutti i delitti, ma a quelli soltanto di esecuzione complessa, che per consumarsi non abbisognano di un solo, ma di più atti.

La seconda è, che non sempre la chiarita intenzione del delinquente è l'unica norma del calcolo del danno, che per il delitto consumato poteva recarsi, mentre, per le teorie già premesse, il cominciamento di esecuzione deve comprendere atti capaci ad eseguire il delitto; dal che emerge, che se Tizio avesse mostrata intenzione di uccidere o di rubare, mille, ed i mezzi da lui adottati lo conducessero nel primo caso al ferimento, e non alla strage, e nel secondo ad involare cento, perchè più non

trovavasi da involare, in ambedue i casi, sarà, non la intenzione, ma il possibile evento che darà la misura della pena del tentativo, e dovranno per conseguenza i giudici dichiarare, che constava nel primo caso di tentativo di lesione personale, non di omicidio, e nel secondo di tentativo di un furto di cento e non di mille. Queste conseguenze coerenti, come abbiamo accennato, alla vera natura ed indole del conato, trovansi con profonda sapienza stabilite dalla nostra giurisprudenza, la quale, nei casi nei quali puniva il tentativo, misurava la pena di esso non dalla intenzione del delinquente soltanto, come fa l'articolo in esame, ma anche dai mezzi usati dal medesimo, e dall'evento che ottener potevasi dall'azione criminosa consumata.

Le leggi Romane ed i Codici moderni, sui quali la nostra attenzione si è fin qui portata, non offrono alcun elemento di osservazione sulla materia contenuta nell'articolo sopra trascritto.

ART. 45. — Ogniqualvolta la legge non contenga più speciale disposizione, il tentativo è colpito

a) dalla casa di forza per un tempo non minore di dodici anni, se il delitto consumato porterebbe alla morte;

b) dalla casa di forza da cinque a quindici anni, se il delitto consumato porterebbe all'ergastolo;

c) da una porzione non mai maggiore della metà di quella pena, che si applicherebbe nel caso di consumazione, se il delitto consumato porterebbe alla casa di forza, all'esiglio particolare, o alla multa;

d) dalla rispettiva interdizione per un tempo, che non può eccedere la metà di quello, che si decreterebbe in caso di consumazione, se il delitto è minacciato di una pena propria.

Osservazioni sull' articolo

Questo articolo niente altro fa, che determinare la pena dovuta al tentativo del delitto; la di lui precisione e chiarezza non permettono un lungo commento.

La riserva che precede il prescritto di questo articolo si riferisce ad alcuni casi nei quali per eccezione le teorie del conato non si applicano, e questi sono;

1.º quando il cominciamento di esecuzione di un delitto, è dalla legge considerato e ritenuto come delitto *sui generis*, e punito perciò, non come conato, ma come azione criminosa perfetta e completa: (ved. art. 48 § 2)

2.º quando la legge punisce l' attentato alla pari del delitto consumato: (ved. art. 96 97)

3.º quando la legge in alcuni casi, specialmente deter-

minati, provvede alla punizione del tentativo. (ved. art. 274 § 1)

Sulle rimarcate eccezioni ci riserbiamo a fare le nostre osservazioni, allorquando ci intratterremo sulle disposizioni che le concernono.

Abbiamo detto di sopra in qual misura i Codici moderni Francesi ed Italiani puniscono il tentativo del delitto; abbiamo ancora accennato, ciò che su di questa interessante materia stabilivano le patrie leggi, e la pratica giurisprudenza; non resta dunque a noi che l'obbligo di poche osservazioni sul sistema abbracciato dal Codice in tal proposito.

Questo sistema si è intieramente allontanato dalle nostre patrie leggi e dalla nostra giurisprudenza, la quale, come abbiamo già premesso, nei casi nei quali ammetteva la punizione del conato, reprimeva con pena straordinaria, sempre di carcere, da un giorno ad un anno, ad eccezione del solo caso del veneficio nel quale sanzionava la pena dei pubblici lavori di primo e secondo grado, quando il conato era prossimo; vi si è uniformato quan-

do trattavasi di furto violento.

Al contrario il Codice nostro, nel punire il tentativo del delitto, ha voluto togliere la misura dalla pena assegnata all'azione criminosa consumata, prescrivendo la casa di forza, là dove questa ultima veniva repressa con la pena capitale, o con l'ergastolo; la pena medesima in quantità non maggiore della metà in quelle minacciate dalla casa di forza, dalla carcere, dall'esilio particolare, dalla multa; ha poi resa applicabile a tutti i delitti la punizione del tentativo partendosi non dall'esito, ma dalla intenzione.

Tali prescrizioni prese in genere, meno l'ultima, sono conformi, non solo a quanto prescrivono i Codici moderni, escluso il Francese, ma anche all'opinione manifestata in proposito dai più recenti scrittori della scienza. Ciò non pertanto non oseremo censurare la nostra pratica giurisprudenza, non tanto in riguardo alla mitezza, alla temperanza nel punire il tentativo, quanto nello escluderlo, dipartendosi, non dalla intenzione, ma dall'esito nei delitti

contro la sicurezza personale, perchè, anche a parere dei lodati moderni scrittori, con pena straordinaria dovrebbe sempre il tentativo reprimersi, e il solo calcolo della intenzione, contrariato dall'esito del fatto, che ha portato un danno assai minore o non ne ha recato alcuno, è nella misura della punizione un principio che può sovente allontanarsi dalle teorie di diritto, le quali vogliono che ogni pena stia in proporzione della prava intenzione del delinquente e del danno o dal pericolo insieme dall'agente prodotto.

Chechè sia di ciò, prometiamo ai nostri lettori, allorchando le disposizioni del Codice ci porteranno a parlare dei delitti contro la sicurezza personale, e contro la proprietà, di tornare sulla materia, perciò che ha rapporto alla intenzione del delinquente, della quale, come misura della pena, si è molto il Codice stesso occupato.

Dal contesto dell'articolo in esame si rileva, che nella punizione del tentativo non si fa distinzione alcuna fra il remoto ed il prossimo, distinzione da

tutti gli scrittori della scienza penale raccomandata, onde segnare la misura della repressione; fra i Codici moderni italiani, come abbiamo di sopra rimarcato, il Napoletano la esclude, dappoichè vuol punito soltanto il tentativo contenente atti prossimi di esecuzione, ed il solo Gregoriano la ritiene; ciò non pertanto, e negli altri, e nell'articolo in esame, se non esplicita, l'abbiamo implicita nella latitudine concessa ai giudici alla lettera **a** dai dodici ai venti anni della casa di forza, dai 5 ai 15 della detta pena nella lettera **b**, dal minimum alla metà delle altre pene nella lettera **c**; una tale latitudine, abbandonata al retto criterio del giudice, stà a rappresentare la punizione dovuta al conato remoto ed al prossimo, discendendo e rispettivamente salendo nei limiti prescritti. Chechè sia della misura di tale arbitrio, su cui basa gran parte del magistero penale dal Codice nostro prediletto, di che non è qui luogo a parlare, noi avremmo desiderato sulla importante materia del tentativo, che la legge, conservando la

distinzione dalla scienza ritenuta, avesse infrenato l'arbitrio del giudice, portando, come ha molto opportunamente fatto il Codice Gregoriano, una differenza nella pena fra l'uno e l'altro conato, e lasciando soltanto alla di lui coscienza il debito di qualificare la misura del conato stesso, secondo che gli atti più o meno si allontanavano, o si accostavano alla consumazione.

Noi leggiamo di più nella parte finale di questo articolo lettera **d**, che quando il delitto consumato è minacciato della pena *propria* della interdizione, questa pena nel tentativo non potrà eccedere la metà del tempo allo stesso delitto consumato prescritta. Una tale disposizione fa sorgere una questione di qualche importanza.

Nel parlare delle pene proprie commentando l'art. 24 a pag. 254 vol. I, abbiamo rilevato, che esse sono nel Codice, talora principali, talora accessorie, o *pèdissequè*. Ora è evidente a parer nostro, che le disposizioni sopra rimarcate alla lettera **d**, concernono quei delitti che sono minacciati dal-

le pene di interdizione, riguardate come pene principali, e di per se stanti.

Ora nei casi nei quali tali pene sono accessorie o *pèdissequè*, che è quanto dire quando alle pene, che il Codice chiama relativamente determinate, tien dietro la interdizione da un pubblico ufficio o da una professione che richiede matricola, sarà permesso, allorchè si tratti di reprimere il tentativo, di applicare ancora la interdizione per una durata non eccedente la metà?

La risposta a parer nostro non sarebbe dubbia per la negativa, mentre quanto si stabilisce in questo stesso articolo alla precedente lettera **c** è relativo alle pene principali, e non alle accessorie, rammentando le prime ad una ad una, e senza dare una interpretazione estensiva, contro ogni principio di diritto, alla legge penale, non potrebbe invocarsi al caso da noi immaginato quanto si contiene nella legge alla lettera **d** che, come si è detto, comprende la pena della interdizione considerata non come pena *pèdissequa*, ma come pena di per se stante.

Una simile risoluzione dovrebbe prendersi nell' altro caso, assai frequente, nel quale la legge al delitto consumato, oltre le pene principali, infligge quelle accessorie indicate all' art. 28 del Codice, cioè l' esilio generale, la sottoposizione alla vigilanza della polizia, e la confisca di oggetti determinati dalla legge, mentre l' articolo in esame nel segnare la punizione dovuta al tentativo, tiene proposito delle sole pene principali, a tal che lo aggiungerle le accessorie, porterebbe ad una odiosa estensione della legge penale; chi dice a noi che il Legislatore, nel conservare il silenzio sull' applicazione di tali pene al tentativo, non sia stato guidato da convenienti ragioni per le quali, alle pene severe da lui designate, non avesse creduto opportuno di aggiungerne altre? Per altro riscontriamo fra le decisioni della Corte Suprema quella del 22 Luglio 1854, che sembra ritenga una opinione contraria a questa da noi emessa. Tale sentenza si riferisce al caso di taluno condannato per tentativo di furto alla pena principale, ed alla accessoria della sottoposizione

alla vigilanza della polizia per il disposto dell' art. 419 del Codice penale, che ordina infliggersi detta pena al reo di furto qualificato, e rilascia al retto arbitrio del giudice il prescrivere, quando trattasi di furto semplice.

Ora la sentenza suddetta per i seguenti motivi, ritiene incorrersi tanto nel caso di delitto consumato, quanto nel caso di delitto tentato nella pena accessoria, perchè « ivi » essendo in senso giuridico e razionale insieme incontenibilmente vero, che colpevole sotto il rispettivo titolo sia e non possa non dirsi, tanto colui che abbia consumato il delitto, quanto colui che imprendendone la esecuzione, non sia, per circostanze fortuite indipendenti dalla sua volontà, giunto a consumarlo. »

E la sentenza suddivisata è andata più oltre col ritenere, che la misura della pena accessoria sopra indicata, può e deve essere quella prescritta dall' art. 50 § 3, e che così non doveva soffrire diminuzione nel caso di tentativo, come lo è per certo, la pena princi-

pale secondo il disposto dell' art. 45.

Senza censurare , nè encomiare la prefata sentenza , ci lusinghiamo , che altra volta sottoposta a quella alta Magistratura simile questione, sarà nuovamente presa in più maturo esame, onde dar luogo ad una giurisprudenza interpretativa dell' articolo, su cui fin qui ci siamo trattenuti .

Infine nel catalogo delle pene designate e prescritte dall' art. 45 del Codice penale, abbiamo la riprension giudiziale, pena assolutamente determinata, perchè non suscettiva di gradi (art. 52) . Nei casi nei quali per il delitto consumato

ricorre la pena suddetta, quale sarà quella dovuta al tentativo ? Essendo la repressione giudiziale la ultima collocata nella scala penale, e così la più lieve, non potrà sostituirglisi la carcere o la multa che sono più gravi ; onde è che dovrà concludersi , o che in questo caso il tentativo rimaner debba impunito, o che deve esser punito alla pari del delitto consumato , come è detto al successivo art. 47 lettera *d* per il *delitto mancato* ; ma questa severità che può rimanere giustificata dal carattere assai più grave del delitto mancato, sarà giusta di fronte al tentativo?

ART. 46. — Se l' agente ha eseguito tutto ciò, che era necessario alla consumazione del delitto, dolosamente intrapreso, ma il successo, che è dell' essenza di quel delitto consumato, non è avvenuto per cause indipendenti dalla volontà e dal modo di operare dell' agente medesimo; il tentativo trapassa in delitto mancato.

L' articolo di cui andiamo ad occuparci definisce il *delitto mancato*, o, come lo chiama l' egregio Romagnosi, *conato pretergresso*. Questo non può nè deve confondersi con il tentativo, come abbiamo già osservato nel nostro commento all' art. 43 a pag. 42 vol. II.

Analizziamo adesso la definizione che l' articolo sopra riportato ci presenta.

Cinque sono le condizioni, il cui simultaneo concorso porta alla giuridica imputazione del delitto mancato;

1.^a condizione; che l' agente abbia eseguito tutto ciò che era necessario alla consumazione del delitto;

2.^a condizione; che il delitto sia stato *dolosamente* intrapreso;

3.^a condizione; che il suc-

cesso sia della essenza di quel delitto consumato;

4.^a condizione; che il non successo sia avvenuto per cause *indipendenti* dalla volontà dell' agente; e finalmente

5.^a condizione; che il non successo inoltre sia avvenuto per cause *indipendenti* dal modo di operare dell' agente medesimo.

Procediamo all' esame di ciascuna delle indicate condizioni.

La prima esige, che l' agente abbia eseguito tutto ciò che era necessario alla consumazione del delitto, il che vuol dire, che a lui niente altro resti a fare per compire l' azione; per esempio Tizio si è proposto di uccidere Sempronio, mediante la esplosione di un' arme da fuoco; ha preparato il delitto scegliendo l' arme, caricandola in modo

da ottenerne l'intento, l'ha esplosa a distanza conveniente, ma o l'arme non ha preso, o i proiettili non hanno investito Sempronio o, se lo hanno investito, non in modo da togliergli la vita. Ecco un delitto mancato, perchè l'agente ha fatto quanto era necessario alla consumazione del delitto, mentre per raggiungere l'atroce intento suo, niente altro gli rimaneva a fare. Qui non siamo in caso di conato, perchè questo suppone che per parte dell'agente rimangano altri atti per giungere al compimento dell'azione criminosa, e nell'esempio premesso non ne resta alcuno.

La seconda condizione vuole, che il delitto debba esser *dolosamente* intrapreso; in tal modo esclude affatto l'azione proveniente da colpa; e non distinguendo, se il dolo deve esser di proposito o di impeto, con la generale espressione dal Legislatore usata (*dolosamente*) sembra che gli abbia compresi ambedue, nonostante che come nel conato abbiamo osservato a pag. 14 vol. II, così nel delitto mancato potesse ricorrere la regola più mite,

TOMO II.

che prescrive non doversi punire, quando l'uno e l'altro procedano da dolo d'impeto, a meno che l'azione, o tentata, o rispettivamente consumata non costituisca un delitto *sui generis*.

La terza condizione prescrive che il successo sia *della essenza di quel delitto consumato*. Queste testuali espressioni indicano a parer nostro, che gli atti intrapresi e consumati dovevano necessariamente condurre all'azione criminosa, avente tutti gli elementi giuridici che la costituiscono; che se detta azione avesse al suo compimento un ostacolo *legale* come abbiamo annunziato a pag. 22 vol. II, o non potesse mai compirsi perchè mancasse il subietto nel quale il delitto consisteva, come abbiamo ugualmente detto a pag. 13 vol. II, non costituirà giammai delitto mancato.

La quarta condizione impone, che il non successo sia *independente* dalla volontà dell'agente. Ora, riprendendo l'esempio superiormente accennato, può bene avvenire che l'agente nell'atto della consumazione pentito, esplodesse,

volgendo l'arme o in direzione contraria al bersaglio , o facesse in modo da recare, o niuno, o minor danno di quello che nella prava sua intenzione aveva deliberato. Dal che emerge , che se risultasse che in qualunque modo la volontà dell' agente avesse contribuito al nittn successo dell' azione criminosa , o a un esito che faccia rivestire all'azione stessa i caratteri giuridici di un delitto diverso e meno imputabile , mancherà al caso la applicabilità delle teorie del delitto mancato, ad esse sottentrando, o la pena del delitto *sui generis* o quella minore risultante dal fatto nella sua natura giuridica per la cambiata volontà dell' agente verificatosi .

L' ultima condizione consiste nel dichiarare che al non successo non abbia contribuito *il modo di operare dell' agente*. E qui bisogna guardarsi bene dal non confondere ciò che è relativo alla volontà con ciò che si riferisce al modo di operare , poichè diversamente facendo, e così confondendo l'uno e l' altro elemento, si verrebbe alla conseguenza, di obbiettare irreverentemente al

legislatore l' uso di espressioni superflue , o l' errore di attribuire alla volontà ciò che può unicamente dipendere dal fatto , o al fatto ciò che proviene dalla volontà . Infatti può ben essere che l' agente, sempre persistendo nella prava intenzione di eseguire l' atto criminoso, si serva di mezzi inabili a conseguire lo intento , persuaso e convinto che sieno efficaci, o che nelle sue operazioni destinate al compimento dell' azione, creda aver posta tutta quella precisione e diligenza che erano necessarie alla riuscita , e ciò effettivamente non sia . Nell' uno e nell' altro caso, non avremmo delitto mancato, perchè *il modo di operare dell' agente* aveva impedito la esecuzione dell' azione criminosa . (*Vedi a pag. 13 vol. II*). Allora la imputabilità dell' azione non compita , perchè non poteva assolutamente compirsi, dovrà misurarsi dal fatto, non dalla intenzione; onde è che sarà repressa non come delitto mancato , ma come delitto *sui generis*, se la legge penale espressamente lo vuole; e se ha prodotto danno minore di quello che l' agente voleva,

dovrà punirsi con la pena dovuta a quel delitto, che per il modo di operare dell' agente è stato consumato .

Siano cauti i Tribunali a non dipartirsi dalle norme giuridi-

che da questo articolo determinate al delitto mancato, onde non confonderlo con il tentativo, come pur troppo in alcuni casi è avvenuto .

ART. 47. — Il delitto mancato si punisce

- a) con l'ergastolo, se consumato porterebbe alla morte;
- b) con la casa di forza per un tempo non minore di dodici anni, se consumato porterebbe all'ergastolo;
- c) con una porzione, non minore della metà, nè maggiore di due terzi, di quella pena, che si applicherebbe nel caso di consumazione, se il delitto consumato porterebbe alla casa di forza, alla carcere, all'esiglio particolare, o alla multa;
- d) con la medesima pena del delitto consumato, negli altri casi.

Questo articolo dà la misura della punizione del delitto mancato. Questa doveva essere ed è realmente più grave di quella prescritta al tentativo del delitto, mentre in questo all'agente rimanendo per compire l'azione delittuosa altri atti, è ben possibile il supporre che, preso da pentimento, da essi si fosse astenuto. Nel delitto mancato l'agente ha fatto quanto egli erasi proposto di fare, e se non ha raggiunto lo intento, ciò deve unicamente attribuirsi o all'inter-

vento altrui o ad un mero caso; oltre a ciò la maggior pena nel delitto mancato, devesi in rapporto al danno sociale o in atto o in potenza, che è sempre più grave di quello che lo sia nel caso di tentativo.

L'articolo in esame per altro nel punire il delitto mancato non prescrive una norma determinata e positiva come i Codici Napoletano (*Art. 69*) e Sardo (*Art. 102*) i quali lo puniscono con la diminuzione di un solo grado della pena del delitto consumato; mentre nel tem-

po che alla lettera **a** dell' articolo in esame, si attiene a questa regola nei delitti meritevoli di pena capitale ; decresce alcun poco alla lettera **b** dalla misura suddetta nel minimo recandola a 12 anni di casa di forza ; nella lettera **c** ancor più decresce determinandola dalla metà ai due terzi delle altre pene ; e nella lettera **d** (che non può ricorrere , che nella riprension giudiziale, nelle pene *proprie*, nella interdizione, e nella sottoposizione alla vigilanza della polizia) equiparandola a quella del delitto consumato .

Un tal sistema che deflette da quella uniformità di misura che dovrebbe regolare la punizione di tutti i delitti mancanti di fronte al delitto consumato, là dove si mostra meno severo dei rammentati Codici , è da encomiarsi per il lato della moderazione ; per altro ha il suo lato vulnerabile per la generalità della disposizione comprensiva cioè tutti i delitti anche i più lievi , quando i rammentati due Codici Napoletano e Sardo limitano le loro disposizioni, restringendole alla punizione del tentativo e del de-

litto mancato nei *crimini* o *misfatti*, riserbandosi in alcuni pochi *delitti* a specialissimi provvedimenti . Il Gregoriano poi che si limita al tentativo , parla , è vero , con linguaggio comprensivo di ogni delinquenza, ma da ciò che prescrive all'art. 41, rapporto al tentativo sospeso per volontà del colpevole , fa presupporre di avere voluto parlare delle gravi delinquenze, mentre assegnando per tal tentativo la pena della detenzione per un anno , questa non può esser giammai applicabile ai lievi delitti coercibili, anche consumati, con pene minori e per la intensità e per la durata .

Chechè sia di ciò, noi abituati alla ragionata temperanza della giurisprudenza nostra, non cesseremo giammai dal commendarla , sì in rapporto del tentativo come in relazione al delitto mancato , perchè se è vero, che la misura della punizione ha per dato di partenza e la prava intenzione del delinquente, ed il danno o pericolo sociale, dimostrata la tenuità di quest' ultimo , o la concorrenza soltanto della possibilità della di lui esistenza ,

grave e sproporzionata riuscirà alla maggior parte dei casi, quella pena che nel primo caso non ecceda il quarto, nel secondo la metà di quella dovuta al delitto consumato.

Finalmente, portando attento sguardo al modo di punire il tentativo prescritto all' articolo 45 lettera **a** e **b**, e all' altro determinato dall' articolo in esame alla lettera **b**, riescirà agevole l' osservare di fronte al primo che può ben ricorrere il caso che il delinquente, che ha tentato un delitto minacciato da pena capitale, sia punito o meno o alla pari di altro che siasi reso reo di tentativo di un delitto a cui la legge porti pena d' ergastolo: dodici anni di casa di forza sono il *minimum* della pena assegnata alla lettera **d**: quindici anni della stessa pena sono il *maximum* determinato alla lettera **b**, e rapporto al secondo che il tentativo sia punito

alla pari del delitto mancato, perchè nel tentativo il *maximum* è di anni dodici di casa di forza, e il delitto mancato è nel *minimum* minacciato della stessa pena. Quindi può avvenire che i giudici distruggano quella ragionata differenza di punizione che la legge stabilisce. Non infrequenti si incontrano nel nostro codice simili contingenze che nascono dall' aver tenuto in non cale la massima che insegna, nella gradazione delle pene il punto di partenza nel salire dovere essere al di là del *maximum* del grado inferiore, e nel discendere sotto al *minimum* del grado superiore: così non si cade nell' inconveniente di autorizzare i giudici a cancellare quella proporzione che la legge ha sancita: nel che saranno facili a cadere di fronte alle gravi pene che il codice minaccia al tentato delitto.

ART. 48. — § 1. — V'è impunito quell' agente , il quale , dopo aver commesso un tentativo , che non sia trapassato in delitto mancato, desiste spontaneamente dall' azione intrapresa .

§ 2. — Dove per altro il tentativo costituisca un delitto , nella sua specie consumato , si applica la pena di questo .

In questo articolo il Codice pienamente si uniforma ai principj della scienza , a quanto in proposito della interruzione degli atti costituenti l'azione criminosa provenienti dalla volontà dell' agente prescrivono i Codici Napoletano e Sardo. Noi nel nostro commento al precedente art. 43 a pag. 19 vol. II abbiamo a sufficienza parlato della volontaria sospensione del fatto criminoso incominciato , sicchè colà rimandiamo i nostri lettori per non ripetere inutilmente le cose dette . Non resta dunque a noi che ad elogiare la impunità accordata al pentimento, e nell'interesse politico, e di fronte all' opinione pubblica, ed ai precetti di equità naturale. Per altro, per non convertire in abuso questa com-

mendevole temperanza, i Tribunali dovranno esser ben cauti nello esaminare ponderatamente la causa della interruzione, e non confondere quella nata da timore di sorpresa, o da qualunque pericolo personale, con l' altra che proviene dalla volontaria risoluzione del delinquente , sorta dal pentimento ; nel primo caso si presentano gli elementi della imputabilità del tentativo, nel secondo soltanto la legge esenta da pena, volendo in chiare parole la spontaneità della desistenza .

In questo articolo noi troviamo una limitazione, che sembrerebbe indicare nel legislatore il concetto, che nel delitto mancato il pentimento del delinquente non porta impunità .

Per conoscere il vero senso di questa limitazione fa d'uopo esaminarla con i principj della scienza, e con quelli medesimi che il Codice ha ritenuti nell' art. 46.

Di fronte ai principj della scienza, come abbiamo già osservato, il tentativo ed il delitto mancato differiscono essenzialmente fra loro, ed è errore giuridico il confonderli. Il tentativo consiste nell' azione cominciata e non compita, nella quale al delinquente rimangono altri atti per giungere al compimento; il delitto mancato ritiene, che il delinquente ha compita la operazione che si era proposta, ma che questa non è riuscita a seconda dei di lui desiderj; a lui niente altro rimaneva a fare. Può verificarsi il caso del non ottenuto successo nel delitto mancato per il cambiamento spontaneo della volontà dell' agente? Sì, noi replichiamo, e ne diamo in riprova l' esempio poco sopra da noi riportato, e una delle cinque condizioni imposte all' art. 46, come abbiain detto a pag. 50 vol. II. L' uomo che voleva uccidere mediante colpo di arme da fuoco, e che

nel dirigere l' arme prima di esploderla, l'ha spontaneamente divertita dal bersaglio che si era proposto, o istantaneamente pentito avesse la sua prava intenzione corretta in modo da non uccidere, ma da ferire, ha mostrato pentimento, ed il pentimento è stata causa del niun danno o del minor danno; l' articolo 46 vuole che lo insuccesso sia indipendente dalla volontà dell' agente; nel caso inverso esclude la imputazione del delitto mancato, quando l' agente ha voluto lo insuccesso, o non lo ha voluto in quella estensione che aveva deliberata. Dunque, come premettevamo, anche nel delitto mancato può essere utile il pentimento. E se fra le tante e tante contingenze, che possono verificarsi, può avvenire che nella esecuzione del delitto, nell' ultimo fatto che lo compie e lo esaurisce, il delinquente cambi di volontà, sia rendendo questo atto nullo, sia diminuendone la gravità e la natura giuridica, allora non di delitto mancato sarebbe a trattarsi, ma sibbene di delitto *sui generis* nel primo evento, di altro delitto consumato nel secondo,

dappoichè la intenzione del delinquente, fonte ed essenza di ogni imputazione, deve attingersi da ciò che si è risoluto nell'atto della esecuzione. Dal che emerge che dalle già rimarcate parole della legge, che a primo aspetto sembrano accennare al concetto, che la volontaria desistenza dell'agente nel delitto mancato sia punibile, a differenza di quella che ricorre nel tentativo, deve al contrario inferirsene, che non debbono confondersi fra di loro il tentativo ed il delitto mancato, dappoichè l'uno e l'altro debbano rilasciarsi alle teorie che li governano.

Inutile poi sarà per noi il ripetere ciò che nel corso del commento a questo titolo abbiamo reiteratamente premesso; che quando cioè il tentativo del delitto non è punibile, sia perchè ricorra la spontanea desistenza dell'agente, sia perchè nei fatti da questo intrapresi giuridicamente non esista tentativo, ed anche delitto mancato, se nei medesimi fatti esista per altro delitto di per se stante nella sua specie consumato, debba della pena a questo minacciata rispondere

l'agente; e questa teoria è intuitivamente giusta, sì che non torni il conto a trattenervisi.

Per altro può verificarsi il caso complesso, che il tentativo o il delitto mancato sieno punibili, e gli atti costitutivi l'uno e l'altro abbiano inoltre il carattere giuridico di delitto nella sua specie consumato; in questo caso dovrà l'agente punirsi del solo tentativo o del delitto mancato o di ambedue? Prevede questo caso il Codice Napoletano all'art. 72, e lo risolve col dichiarare, che deve all'agente essere applicata soltanto fra le due pene la più grave; e questa risoluzione è coerente alla da esso adottata teoria dell'assorbimento delle pene, teoria dal Codice nostro, come vedremo, rigettata. Esamineremo questa questione importante a luogo opportuno più di questo, allorchè quando procederemo al commento delle disposizioni contenute nel Tit. VII di questo libro, che tratta del concorso di più pene.

In ultimo restano a dirsi, per adempire alla promessa fatta a pag. 5 vol. II, poche parole sulla giuridica indole di quello

che chiamasi delitto *sui generis* ; cosa egli sia ce lo dice in poche, ma chiare parole l'articolo in esame « ivi » *dove il tentativo costituisca nella sua specie un delitto consumato* » il che vuol dire quando gli atti costituenti il cominciamento o il progresso dell' azione criminosa, esclusa quella che la compie e la perfeziona , di per se stessi , senza relazione alcuna all' azione medesima , abbiano di fronte alla legge i giuridici caratteri di un delitto .

Riprendiamo in esame , per meglio schiarire il nostro concetto, alcuno degli esempj, che abbiamo, a pag. 43 e 49 vol. II, presentati sulla materia in discorso; colui che per commettere un furto rompe violentemente le porte, le finestre, o le serrature di un mobile ; e dopo questa operazione si pente e non procede più oltre , secondo ciò che ci insegna l' articolo 448 del Codice, ha commesso un *danno dato*, e alla pena minacciata a questo delitto deve esser condannato , senza riflesso alcuno alla azione incominciata del furto , perchè questa per il pentimento gli è condonata . Lo stesso avverrà

se l' agente nello eseguire lo scasso non avesse adoprati mezzi atti a conseguire il suo intento ; lo stesso, se le cose di cui egli voleva impossessarsi non esistevano, come egli credeva , entro il mobile rotto e fracassato da lui; non sarà tenuto nelle due indicate contingenze di tentativo di furto per i rilievi da noi emessi a pag. 49 vol. II , ma sarà tenuto di *danno dato*, delitto *sui generis* sorto da quanto egli avrà fatto .

Ci dispensiamo da ulteriori particolarità, per non incontrare il giusto rimprovero di avere speso inutili parole su cosa di sì chiara ed intuitiva evidenza .

NOTE

I.^a Nel tempo che il nostro commento su questo titolo era sotto il torchio, è sorta una Decisione della Corte Suprema , che riguarda la intelligenza da darsi all' articolo 43 portante la definizione del tentativo del delitto. Ci affrettiamo a farla conoscere perchè merita l' attenzione di tutti i Tribunali .

Onde meglio intender la que-

stione che dalla detta Decisione è stata risolta , fa d' uopo ritornare alcun poco sulle massime di diritto che sul precitato articolo abbiamo esposte.

Noi abbiamo detto :

Che, per la opinione concorde di tutti i buoni scrittori di diritto penale, sono sottoposti alle regole del tentativo quei delitti soltanto che diconsi di *esecuzione complessa*. (vol. II pag. 47).

Che, a parere dei più accreditati fra li scrittori suddetti le teorie che riguardano il tentativo debbono limitarsi a quei soli delitti, che sono informati da dolo di proposito, esclusi così quelli che nascono da dolo d' impeto. (vol. II pag. 45).

Che le teorie suddette debbono restringersi ai gravissimi ed ai gravi delitti, e non estendersi ai leggeri e leggerissimi nei quali il tentativo non è imputabile, sostenendo questa dottrina gli scrittori più culti e più accreditati, ed avendola adottata i Codici Francese, Napoletano, e Sardo. (vol. II pag. 33).

Che l' azione penale nel tentativo doveva limitarsi a

quello prossimo, escluso così il remoto, così prescrivendo anche il detto Codice Penale Napoletano. (vol. II pag. 53).

Che la nostra Giurisprudenza aveva dichiarato non punibile il tentativo nei furti improprij, cioè nella truffa, nello stellionato, nella fraudata amministrazione, nella espilata eredità, e nel furto delle cose trovate (vol. II pag. 34). E qui aggiungiamo che queste massime erano sostenute dal concorde suffragio di tutti gli scrittori sì antichi che moderni.

E finalmente che il Codice nostro con le generali disposizioni nell' articolo 43 contenute era sceso in massime più severe, mentre aveva compreso nel tentativo gli atti esecutivi di tutti i delitti di esecuzione complessa, provenienti da dolo sì di nequizia che d' impeto, formanti conato prossimo o remoto, gravissimi, gravi e leggieri. (vol. II pag. 37).

Tutto ciò premesso, veniamo alla questione dalla Corte Suprema risolta.

Trattavasi nel caso di tentativo di delitto di stellionato, non portato a consumazione,

perchè quello a cui il frodatore erasi diretto, si accorse dei di lui maneggi, e delle di lui circonvenzioni.

Il Tribunale a cui fu portata la cognizione del fatto, disse e ritenne, che nel delitto di stelionato, come in quello di truffa, non si dava tentativo, ed allegando la passata Giurisprudenza in proposito, assolvè l'imputato. Lo stesso Tribunale nelle sue considerazioni sul diritto andò più oltre, e sostenne essere necessario lo interpretare il disposto del Codice penale sulla scorta delle massime della scienza; onde non cadere in assurdi, come sarebbe stato quello di estendere la punizione del tentativo anche alle azioni criminose influenzate da dolo d'impeto.

La Corte Suprema ha dovuto occuparsi di questo giudicato, sul ricorso del Pubblico Ministero.

Prima di referire il testo della Decisione della Corte preindicata, è necessario che noi sodisfacciamo al debito di referire su quali fondamenti si posava l'antica giurisprudenza per non ammettere azione penale di tentativo nei delitti so-

prarammentati.

Nella truffa esiste un ostacolo giuridico insormontabile alla punizione del tentativo. In che consiste questo delitto? Nell'appropriazione dolosa di una cosa mobile per consenso del proprietario passata nel materiale possesso di taluno per farne quell'uso che il proprietario stesso ha indicato (vedi art. 596 del Codice Penale). Ora tutto il delitto sta nella inversione dell'uso, cioè nel convertire in profitto proprio, o di un terzo la cosa mobile altrui, appropriandosela; fino a che l'uso non è stato invertito, fino a che l'appropriazione non è avvenuta, non vi è, nè vi può essere, tentativo. È un atto solo che costituisce il delitto, ed è ben difficile alla immaginazione la più feconda il trovare un caso nel quale ricorrano più atti formanti cominciamento di esecuzione della truffa, nell'uomo che legittimamente possiede e ritiene la cosa per giungere ad appropriarsela; questo è un delitto di *semplice esecuzione*: un solo atto, l'appropriazione cioè, lo incomincia, e contemporaneamente lo consuma, a differenza del furto ve-

ro e proprio, ove il ladro non ritenendo la cosa, fa d'uopo che ne venga all'illegittimo possesso, per via di atti che ne comincino e ne perfezionino la esecuzione.

Lo stesso deve dirsi del delitto di fraudata amministrazione, ove ad escludere il conato concorre, oltre i già accennati, un altro riflesso. L'azione penale in questo delitto non può per i principj della scienza (vedi *Carmignani loc. cit* § 4022) intentarsi fino a che fra l'amministratore e l'amministrato non sono disposti i conti. Se dalla dispersione di conti risulterà il debito dell'amministratore da lui non saldato, emergerà la prova, non di un delitto tentativo, ma di un delitto consumato.

Anche nella espilata eredità sono applicabili quelle stesse teorie che sulla truffa sono state dedotte; mentre nelle mani dello espilatore si trovano ordinariamente gli oggetti spettanti alla eredità jacente; che se ciò non fosse, la loro ablazione costituirebbe un vero e proprio furto.

Rapporto al furto delle cose trovate ricorrono le medesime

regole, in quanto che tutto il fatto criminoso stà nell'appropriazione che l'inventore fa di ciò che è venuto nel materiale possesso di lui; oltre a ciò il nostro Codice all'articolo 402 § 2 ha ammessa una finzione, che radicalmente esclude il tentativo, col dichiarare che la detenzione della cosa trovata per il corso di tre giorni, non seguita da deposito, fa presumere l'appropriazione.

Finalmente quanto allo stellionato è da osservarsi, che la non ricorrenza dell'azione penale per il tentativo in questo delitto, si parte dalla natura ed indole giuridica di esso. Ognun sa che questo delitto proviene da insigne callidità ed impostura, avente in se quel dolo che racchiude tutti i caratteri della fraude; e la fraude consiste nel dare apparenza di vero al falso, nel simulare e dissimulare così fattamente, da far cadere nella rete le persone le più accorte. Ed infatti i migliori scrittori della scienza penale, appoggiati alle Romane leggi, aggregano gli stellionati al delitto di falsità, chiamandoli ancora *falso innominato*. Ora nel falso, tanto proprio che im-

proprio, perchè sia luogo alla pena, fa d'uopo provare evidentemente, che l'azione criminosa sia di per se atta a produrre danno in *atto* o in *potenza*, il che significa, che siasi dato al falso tale apparenza di vero, o al vero tale apparenza di falso da imporre ad ogni uomo; che se l'agente avrà ottenuto il suo intento, l'esito del di lui artificio risparmierebbe l'esame dell'azione abile o no a nuocere, ma se non lo avrà ottenuto, l'esame medesimo riesce necessario ed indispensabile. Da questi principj, da tutti consentiti, nasce la massima della quale abbiamo in principio parlato, la non imputabilità cioè del tentativo nel delitto di stellionato. Se gli artifizj e le callidità del frodatore non hanno avuto quell'esito che egli ne sperava, perchè le designate vittime non sono cadute nella rete, ciò è derivato dalla inefficacia intrinseca dei tentativi, inefficacia che ha escluso vittoriosamente nei tentativi medesimi l'attitudine a nuocere, cioè il danno in potenza.

A questi riflessi si è anche aggiunto il disposto alla *leg. 4 Cod. de crim. Stellionatus*,

che fa cessare l'esercizio dell'azione penale quando il fraudatore che ha ottenuto l'intento pienamente indennizza colui che ha sofferto il delitto « *ivi* »
 » *Verum securitati tuae con-*
 » *sules si ablato omnibus de-*
 » *bito, criminis instituendi*
 » *causam peremeris.* » Se dunque a delitto consumato davasi rimedio a far cessare l'azione penale, mediante la piena indennità, a maggior ragione doveva rimanere impunito colui, che aveva tentato il delitto, ma non eravi riuscito.

Premesse queste osservazioni, che ci eravamo proposti di esporre, allorquando dovevamo parlare di ciascuno dei delitti sopra menzionati, e che siamo stati costretti ad anticipare a maggior schiarimento della questione che sopra, riportiamo adesso il tenore della rammentata Decisione della Corte Suprema del di 8 Agosto 1855
 » *ivi* » *Veduto l'articolo 43*
 » *del Codice Penale — Con-*
 » *siderando che la normale*
 » *disposizione di questo arti-*
 » *colo comprende nella gene-*
 » *ralità dei suoi termini, tutti*
 » *quanti i delitti che sono e*
 » *diconsi di esecuzione com-*

» posta — Che a questo ge-
 » nere di delitti incontestabil-
 » mente appartenendo di sua
 » propria indole il delitto sot-
 » to il titolo di frode contem-
 » plato dall' art. 404 del Co-
 » dice Penale , questo delitto
 » cade perciò e rientra nella
 » surreferita normale dispo-
 » sizione dell' art. 43 , ed il
 » tentativo ne è per consequen-
 » za politicamente imputabi-
 » le, e come tale punibile nel-
 » la misura stabilita dal suc-
 » cessivo art. 45. — Che a-
 » vendo pertanto il Tribuna-
 » le nella denunziata sua sen-
 » tenza dichiarato N. N. col-
 » pevole di tentativo di frode,
 » ed avendone nondimeno pro-
 » nunziata l'assoluzione, sul-
 » l' erroneo fondamento che
 » il nuovo Codice Toscano
 » non abbia fissato principj
 » diversi da quelli del comune
 » diritto, accolti dai culti cri-
 » minalisti, e ritenuti dall'an-
 » tica Giurisprudenza, ed in
 » ordine ai quali il tentativo
 » di stellionato (ossia frode)
 » non era criminalmente im-
 » putabile, ha il detto Tribu-
 » nale così giudicando viola-
 » to l' art. 43 del detto Codi-
 » ce , disconoscendone nella

» lettera e nello spirito il va-
 » lore delle sue disposizioni
 » inducente di necessità logi-
 » co giuridica recesso dai
 » principj e dalle norme an-
 » teriormente all' attuazione
 » del medesimo nuovo Codice
 » ricevute , ed invalsi sulla
 » materia — Accogliendo
 » perciò ec. ec. — CASSA ec.
 » ec. »

Dal tenore della riportata pronunzia risulta la soluzione di una sola delle questioni poste dalla sentenza cassata; che cioè nel disposto all' articolo 43 del Codice sono compresi tutti i tentativi dei delitti di esecuzione composta, fra i quali è lo stellionato, a cui il Codice nostro ha dato il nome di frode, e che così disponendo, il Codice stesso si è allontanato dai principj di comune diritto, dai culti scrittori , e dalla nostra giurisprudenza accolti , opinione nella quale noi eravamo discesi, sebbene con dispiacere prima che la detta pronunzia fosse nata . La Corte Suprema ha taciuto sul delitto di truffa, inopportunamente associato allo stellionato dalla sentenza suddetta , e non si è occupata di replicare all' al-

tra questione perfuntoriamente azzardata, della non ricorrenza del tentativo nei delitti prodotti da dolo d' impeto . La medesima aveva ragione di passare sotto silenzio tali questioni , perchè estranee affatto al caso sottoposto alla di lei decisione . Noi per altro, nel tempo che persistiamo a non conoscere nella truffa i caratteri di un delitto di *esecuzione composta* , persistiamo del pari nella emessa opinione , che il Codice parlando del tentativo di delitto doloso , ha receduto dalle massime sostenute da alcuni culti scrittori, che cioè il tentativo non si verifica che nei delitti influiti da dolo di proposito .

II.^a In appoggio alla massima di diritto che nel nostro commento all'articolo 43 (pag. 43 vol. II) abbiamo esposta , non esistere cioè tentativo di delitto negli atti inidonei a consumarlo o nella ricorrenza di un ostacolo insormontabile che si opponga alla prava volontà dell' agente , ci è caduta sotto gli occhi una decisione della Corte Suprema di Cassazione del Regno delle due Sicilie riferita dal chiarissimo Nicolini

nel già da noi citato opuscolo *Del Tentativo o della complicità nei Reati nella nota n.º 7*. Crediamo opportuno di qui riportarla come riprova che la opinione dei culti scrittori in proposito ha ottenuto il suffragio di una magistratura rispettabile per eminente senno e profonda dottrina . Ecco la decisione che porta la data del 27 Gennaio 1840. « ivi » *Consi-*
 » *derando che qualora là do-*
 » *ve si vuol commettere un*
 » *furto , non esistano gli og-*
 » *getti furtivi , chi si attenta*
 » *a rubarli agisce unicamen-*
 » *te per una falsa credenza ;*
 » *ma è impossibile che egli*
 » *giunga alla esecuzione del*
 » *reato; e perciò gli atti ester-*
 » *ni i quali manifestano la rea*
 » *volontà non possono mai ve-*
 » *nir qualificati atti di vera*
 » *esecuzione , non che atti*
 » *prossimi all' esecuzione :*
 » *perchè per essi non si può*
 » *giunger mai alla consuma-*
 » *zione del reato . Così il ti-*
 » *rare un colpo fra i cespug-*
 » *li e fra le ombre , dove la*
 » *fantasia dava corpo ad un*
 » *individuo odiato rivela cer-*
 » *to un malvagio disegno; ma*
 » *non è omicidio mancato nè*

» tentato , quante volte niun
 » uomo , non che l' individuo
 » che vi si cercava , esisteva
 » quivi , nè poteva corrervi
 » pericolo; e molto meno lo è,
 » quando in quel momento
 » l' uomo, il di cui sangue si
 » richiedea con tanta ira, era
 » già uscito da più tempo na-
 » turalmente dai vivi: — Che
 » fondamento della convin-
 » zione di ogni reato consu-
 » mato è in primo luogo la
 » esistenza del subietto del
 » reato in atto che il reato si
 » commette , ed in secondo
 » luogo la sua alterazione e
 » cangiamento di stato , o
 » sparimento e mancanza, co-
 » me effetto del reato che si è
 » commesso ; i reati poi ten-
 » tati o mancati sono appun-
 » to tentativi, e non consuma-
 » zione, perché questa secon-
 » da parte della prova gene-
 » rica non si è verificata nè
 » corrisponde al voto del
 » colpevole , ma non può es-
 » servi nemmeno tentativo, se
 » la prima parte della prova
 » generica non si verificchi ,
 » cioè se non si accerti l' esi-
 » stenza del subietto dei rea-
 » ti, quando chi ne fé disegno

» si attentava a commetterli:
 » — Che non constando alla
 » Gran Corte l' esistenza del
 » denaro nel luogo tentato
 » dalle due ricorrenti , mal
 » qualifica i loro atti come
 » atti prossimi alla esecuzio-
 » ne; si ha un guasto fatto in
 » luoghi tentati vanamente
 » per commettervi un furto,
 » ma non già un furto tenta-
 » to: poichè quanto più le due
 » si accostavano allo scava-
 » mento intero del sito ove
 » credevano riposto il tesoro,
 » tanto più dovevano avveder-
 » si di andar lontane da ogni
 » speranza di poter consuma-
 » re il furto: ed a misura che
 » si esaurivano di tutti i lo-
 » ro mezzi , tutta la speran-
 » za svaniva . — Che perciò
 » la stessa Gran Corte , rite-
 » nendo le ricorrenti come
 » colpevoli di tentativo di fur-
 » to, ha seguito forse la intel-
 » ligenza volgare che si dà
 » alla voce tentativo ; ma ha
 » violato quella che ne dà la
 » legge, per sottoporre il reo
 » alla pena del misfatto con-
 » sumato, diminuita di uno o
 » due gradi ec. ec. »

TITOLO V.

Del concorso di più partecipanti ad uno stesso delitto, e dei fautori del delitto altrui .*Osservazioni generali
sulla rubrica .*

Il titolo che imprendiamo a commentare si riferisce a materia difficile di gravissimo interesse, e non tanto chiaramente, quanto sarebbe necessario, fin qui trattata e sviluppata, a quella cioè che riguarda i partecipanti ad uno stesso delitto. Noi, seguendo il già intrapreso sistema, esporremo, con la possibile maggior lucidità, le teorie che a questa materia sono relative, dipartendoci dal Diritto Romano, da coloro che ne hanno interpretati i frammenti, dai migliori scrittori della scienza penale, e dalla nostra Giurisprudenza. Così ci prepareremo al commento di ciascuno degli articoli che compongono questo titolo, e ci faremo strada al confronto fra essi e le disposizioni che sullo stesso argomento trovansi con-

tenute nei Codici penali Francese ed Italiani. Con questo metodo ci sarà agevole il fornire ai nostri lettori i mezzi necessarj a conoscere ed apprezzare, quanto il nostro Codice ha in proposito determinato.

Nelle materie fin qui trattate si è figurato il caso in cui uno solo sia il delinquente, l'infrattore cioè della legge penale. Ora la legge passa a parlare dei delitti commessi simultaneamente da più persone, o di quelli ai quali più hanno partecipato, o infine di quelli individui che *ex post facto* hanno favorito il delitto altrui, onde segnare i gradi di responsabilità, che di fronte alla legge suddetta tutti costoro contraggono.

Le leggi Romane parlando di costoro assegnavano ad essi i nomi di *conscii*, *socj*, *adiutores*, *satellites*, *ministri*, *participes*, *ad fines noxiae*. Nella

bassa latinità sorsero i nomi di *correi*, che precedentemente i Romani adopravano solo nelle private contrattazioni, e di *complices*, da *complexare*, *consentire*.

Da tutte queste denominazioni sono derivati gli appellativi italiani di *correi*, *socii*, *condelquenti*, *coagenti*, *coautori*, *partecipi*, *compartecipi*, *complici*, che sovente sono stati fra loro confusi come indicanti lo stesso grado di imputazione, e meritevoli della stessa misura di pena. I migliori scrittori di diritto per altro, seguitando i precetti della scienza basati sulle teorie di giustizia universale, hanno stabilito una normale differenza fra costoro, dividendoli in due distinte categorie, cioè in delinquenti *principali* ed in delinquenti *accessori*; hanno collocato nella prima i *correi*, *socii*, *coautori*, *condelquenti* e *coagenti*, (nomi tutti che rappresentano una sola e medesima idea); e nella seconda i *partecipanti* ed i *complici*, ambedue nomi aventi lo stesso significato. Noi, a scanso di confusione prodotta da diversità di nomi, chiameremo i primi

correi o *partecipanti principali*, i secondi *complici* o *partecipanti secondari*.

Onde procedere con chiarezza diremo in che consiste l'una e l'altra partecipazione.

Sono *partecipanti principali* o *correi*;

1.^o coloro che sono causa morale *diretta* del delitto da altri commesso;

2.^o coloro che hanno insieme eseguito e consumato il delitto, o hanno *direttamente* cooperato alla di lui esecuzione e consumazione;

3.^o coloro che hanno prestato con atti materiali aiuto al delinquente o delinquenti principali, in modo che senza tale aiuto il delitto non sarebbe stato commesso.

Sono *partecipanti accessori* o *complici* coloro che hanno preso parte al delitto in un modo *indiretto* e *secondario*, così che, anche senza la loro partecipazione, l'atto criminoso sarebbe consumato.

Vero è per altro che dagli scrittori i più moderni di scienza penale, *correi* si dicono soltanto coloro che hanno prestata materiale cooperazione al delitto, e *complici* tutti gli al-

tri, distinguendo per altro questi ultimi in due gradi; con l'assegnare al primo la stessa civile imputazione che ai *correi*, e al secondo una assai minore. Ma checchè sia di tale distinzione, che in sostanza si riduce a mere parole, noi abbiamo creduto di limitarci a farne accenno senza adottarla.

La *complicità* e la *correatà*, nel modo col quale l'abbiamo definite, possono verificarsi avanti il delitto e nel delitto; e l'una e l'altra possono procedere da partecipazione *morale* e da partecipazione *fisica*. Per teoria generale, come in appresso vedremo, niuna correatà o complicità può esistere a delitto consumato, di cui precedentemente ignoravasi la esistenza.

Onde procedere con ordine logico giuridico, parleremo prima della correatà che sorge da partecipazione *morale*, quindi dell'altra che nasce da partecipazione *fisica*; ed esaurita la materia relativa ai *correi*, passeremo a tener proposito di ciò che è relativo ai *complici*.

Coloro che sono causa morale dei delitti da altri com-

messi, possono comprendersi sotto la generale denominazione di *provocatori* o *istigatori*. Molti sono i modi mediante i quali la provocazione e la istigazione possono verificarsi. Noi riferiremo quelli che sono i più ovvj, dei quali le leggi Romane, gli interpreti delle medesime, e gli scrittori i più assennati del diritto penale si sono specialmente occupati. Questi modi sono;

- 1.º il mandato;
- 2.º l'ordine o il comando;
- 3.º le minacce;
- 4.º il consiglio o l'esortazione;
- 5.º i doni o promesse di ricompensa;
- 6.º le macchinazioni o artificj fraudolenti.

Parleremo separatamente di ognuno di detti modi.

1. — *Mandato*.

È di gius notorio che il mandato è un contratto consensuale, mediante il quale taluno affida l'incarico ad un altro di far qualche cosa in suo nome. Colui che dà l'incarico chiamasi *mandante*; quello che lo riceve e lo accetta *mandata-*

rio; dal che nasce che un tale contratto si perfeziona con la proposizione del mandante diretta al mandatario, e con l'accettazione di questi.

Così le leggi civili che regolano le contrattazioni fra i privati. Le leggi penali fanno consistere il mandato nella commissione che taluno dà ad altro di eseguire una azione criminosa per proprio suo conto ed interesse. E sebben le prime (*leg. 6 § 3 ff. mandati vel contra*) dichiarino esser nullo il mandato relativo a cosa turpe, con ciò niente altro intendono se non che un tal mandato è incapace di produrre obbligazione o azione civile fra i contraenti, non però che sia vietato di procedere criminalmente contro ambedue per il delitto dal mandatario commesso. Si riscontrano infatti nel testo delle leggi Romane molte disposizioni dalle quali emerge aver luogo l'azione penale contro il mandante ed il mandatario per il delitto, che in seguito del mandato è avvenuto. Sono in proposito da consultarsi le *Leggi 1 ff. de iniuriis*, 1 § 42 *ff. de vi et vi armata*, 1 *ff. de eo per quem factum ec. ec.*,

e le *concordanti*.

Prima di ogni altra ispezione, tratteniamoci alquanto sulla natura e indole giuridica di questo atroce modo di delinquere, per quindi occuparci della civile imputazione che nasce dal mandato, e passar poi ad esaminare il fatto dei contraenti fino dal suo principio, e seguirlo nelle sue fasi fino al compimento.

Abbiamo già detto, che per mandato in senso penale si intende quell'atto per il quale taluno commette ad altro la esecuzione di un delitto, e questi ne accetta l'incarico; e che il primo chiamasi *mandante*, il secondo *mandatario*. Il mandante vuole il delitto; lo ha già nella sua mente meditato e risoluto; ma, o sentendosi mancante di forze fisiche o morali, atte ad eseguirlo, o volendosi sottrarre al pericolo di essere scoperto e sorpreso, vuol servirsi dell'opera altrui onde commetterlo. Sceglie adunque l'esecutore della rea e scellerata sua determinazione. Il mandatario nello accettare lo incarico vuole il delitto, non per spinta o causa di delinquere sua propria, ma per annui-

re all'atroce desiderio del mandante, e oltre al volere il delitto, assume l' iniquo incarico di eseguirlo. Il mandante adunque è causa morale del delitto che il suo commissionato eseguirà, mentre senza tale incarico il mandatario, che mancava di ogni impulso proprio, non avrebbe pensato a violare la legge penale. Il mandatario è causa fisica, poichè assumendo la esecuzione del delitto, compie e consuma la rea intenzione del mandante. Onde a ragione dice l'egregio Anton Matteo (*oper. cit. proleg. cap. 1 n. 42*) che il mandante è il capo, la mente, l'anima del mandatario, e il mandatario la mano, l'istrumento del mandante; e il non meno celebre De Simoni (*Delitti di mero affetto p. 2 cap. 5*) soggiunge «ivi»

» che il mandatario e il mandante sono due correlativi
 » di reciproca moralità, per
 » cui si imputano ad ambedue i rispettivi delitti; e la
 » natura dei correlativi è tale che costituisce una regola di parità fra essi, tanto
 » in senso fisico che in senso morale. »

Il mandato a delinquere con-

sta, come si è detto, del consenso di ambedue i contraenti; il mandante incarica il mandatario della esecuzione della di lui volontà; quest'ultimo accetta; tanto l'incarico, quanto l'accettazione possono avvenire per cenni, per gesti, a voce, in scritto, con l'intervento di un terzo che assuma le parti di nunzio, messo o delegato dalle parti; può farsi fra i presenti e fra gli assenti. La prova del mandato, comunque concluso, è sempre abbandonata alla coscienza del magistrato; essa può anche desumersi dal solo fatto del mandatario, che senza rifiutare espressamente l'incarico, e stando in silenzio alle parole del mandante che lo contengono, eseguisca poi il delitto commessogli; in quest'ultimo caso avremmo un consenso tacito.

Il mandato a delinquere, come quello *ad gerenda negotia*, può essere *precativo*, o *imperativo*, *gratuito* o *mercenario*, *semplice* o *condizionato*. Con il mandato *precativo* il mandante esprime un desiderio, una preghiera, diretta al mandatario, perchè per di lui conto ed interesse eseguisca il

delitto; il mandato *imperativo* esprime un ordine, un comando; l'una e l'altra specie di mandato si comprendono chiaramente nella *leg. 1 ff. mandati del Giureconsulto Paolo*.

« ivi » *Item si rogo, sive vo-*
« *lo, sive mando, alio quo-*
« *cumque modo scripserim,*
« *mandati est actio*. Sia dunque che il mandato si ponga in essere nell' un modo come nell' altro, se sarà accettato dal mandatario la responsabilità sarà la stessa; per altro onde non confondere il mandato imperativo con il comando, di cui fra breve parleremo, fa d' uopo, quando si tratta di mandato, che non interceda fra il mandante ed il mandatario vincolo o rapporto alcuno di autorità domestica o politica, ma sieno ambedue l' uno dall' altro indipendenti.

Il mandato *gratuito* è quello che è dato e rispettivamente accettato per rapporti di sangue, parentela, amicizia, relazione intima, di riguardo, e da cui sono esclusi doni, mercedi, ricompense date o promesse. Al contrario il *mercenario*, come la parola stessa suona, contiene a favore del

mandatario, lucri, ricompense, vantaggi e comodi di ogni sorta, o effettivamente dati, o promessi, senza indagarne la quantità e la importanza. Ambedue questi mandati di fronte alla legge penale sono obbligatori, sebbene non in egual grado di responsabilità, come in seguito vedremo.

Finalmente rapporto al mandato sotto condizione, (giacchè del semplice è inutile parlare) può avvenire che la condizione dipenda da un evento che non stia nella potestà o del mandante o del mandatario, o dipenda del tutto dalla volontà del mandante. Nel primo caso se il mandatario eseguirà il mandato avanti che la condizione sia purificata, e nel secondo avanti che il mandante gli abbia rinnovato l' incarico, il mandatario soltanto sarà responsabile del delitto, perchè lo avrà eseguito per proprio conto, non per quello del mandante. Se poi il purificarsi della condizione dipenderà dalla volontà del mandatario, o dal modo col quale la designata vittima si condurrà nel previsto frangente; se la condizione dipenderà dal modo con il

quale il delitto deve eseguirsi, o dal luogo in cui doveva consumarsi, in tutti e ciascuno di questi casi, a delitto verificato il mandante e il mandatario saranno responsabili, checchè fosse della condizione ingiunta, la quale è indifferente all'occhio della legge, perchè non ha alterato la natura del misfatto, e inchiude sempre il concetto della esecuzione della volontà del mandante stesso.

È tal volta avvenuto e può facilmente avvenire che il mandatario, accettato il mandato, non volendosi o non sentendosi abbastanza forte per eseguirlo, ne incarichi un terzo ignoto al mandante, il quale lo esaurisce e lo compie. Facile è in tal caso il ritenere che invece di due delinquenti solidalmente tenuti al delitto ne avremo tre; due che saranno causa morale del delitto medesimo, uno causa fisica. Quanto al primo mandante egli ne è responsabile perchè la rea sua volontà è stata eseguita; poco preme se da quello che egli aveva scelto o da un altro. Quanto al mandatario dovrà dirsi che è responsabile alla pari del mandante principale,

perchè avendo delegato ad un altro il ricevuto ufficio, diviene di fronte ad esso la causa morale del delitto, poichè senza di lui il terzo non lo avrebbe eseguito. Rapporto poi a quest'ultimo, causa fisica del delitto stesso, chi potrà impugnare la di lui responsabilità, quando ha volontariamente servito di istrumento alla scelleraggine dei due precedenti? Questo caso trovasi contemplato e deciso dalla *leg. si quis § 5 ff. De jurid. omnium judicum* « ivi » *Hoc » vero edicto tenetur, et qui » tollit, quamvis non corrumpit ; item et qui suis manibus facit; et qui aliis mandat . Sed si alius sine dolo » malo fecerit, alius dolo malo mandavit tenebitur ; si » uterque dolo malo fecerit , » ambo tenentur . Nam et si » plures fecerint vel corruperint: omnes tenebuntur. »*

Passiamo adesso a parlare del grado di imputazione che posa sul mandante e sul mandatario.

Le seguenti leggi Romane, cioè; *leg. 1 ff. de iniuriis, legg. 2 e 3 ff. ad leg. Juliam de vi privat. leg. 15 ff. ad leg. Corn.*

de Sicariis , leg. § 12 ff. de vi et vi armata , leg. 1 ff. de eo per quem factum erit , leg. 7 ff. de jurisdict. leg. 5 cod. de accusat. leg. 8 cod. ad leg. Juliam de vi publica , tutte concordano nel ritenere che il mandante e il mandatario a delitto eseguito debbono punirsi con la stessa pena e riguardarsi come coautori del delitto medesimo. L' Anton Matteo, e con esso una quantità non indifferente di scrittori hanno seguitata questa dottrina, la quale, come vedremo a suo luogo, è stata adottata da tutte le moderne legislazioni. Ciò non pertanto il Carmignani (*Teoria delle leggi della sicurezza sociale* vol. 2 p. 572) ed il Giuliani (*Istituzioni di diritto criminale* lib. 1 cap. 7 § 2) credono che i sopra citati testi delle leggi Romane, o si riferiscano soltanto alla indennità civile, o a speciali delitti per i quali il mandato a delinquere consideravasi come un tentativo, e questo era punito alla pari del delitto consumato. Ora i detti autori, ai quali può aggiungersi il Beccaria (*Dei delitti e delle pene* § 37), il Rossi (*Droit pénal* liv. 2 chap. 36

§ 2), il Renazzi (*Elem. jur. crim. lib. cap. IX* § 2), ed il Roberti (*Corso di diritto penale* par. 1 tit. 2 cap. V sez. 2), riconoscono una differenza nella imputabilità degli accennati due delinquenti, sebbene li ritengano ambedue correi; ma non sono d' accordo nel dire in quale dei due sia la maggiore imputabilità. Il Roberti ed il Renazzi credono più imputabile il mandante, come quello che è vera causa originaria del delitto, al quale il mandatario non avrebbe rivolto l' animo senza il di lui eccitamento. All' opposto gli altri riflettendo che il mandatario, oltre al volere, come il mandante, il delitto, lo eseguisce, trovano in quest' ultima circostanza una giusta causa di aumento di pena, non solo perchè esso senza motivo alcuno, senza concorso di passioni, ma per puro ossequio o favore al mandante compie il delitto, ma anche perchè una ragione politica esige, che, maggiormente punendo il mandatario, si sparga la diffidenza fra i correi, e si renda più difficile il delitto. Quando poi il mandato fosse accompagnato da mercede, gli

indicati autori sono d' avviso che ambedue i correi sono punibili in egual grado .

Chechè sia della accennata differenza di sentire e di giudicare, certo è che ritenuta la correatà di costoro di fronte alla legge penale, la maggiore o minor punizione ad essi dovuta si concentrerà sempre nei limiti dalla stessa legge assegnati alla pena, e dipenderà dalla coscienza dei giudici, che esaminati e ponderati i fatti irrogheranno ai delinquenti quel grado di punizione che hanno meritato .

È pur troppo fra i casi contingibili quello che il mandatario nell' eseguire la rea commissione avesse cause sue proprie, o spinte personali a commettere il delitto, ignote al mandante, e delle quali questi non abbia fatto uso per eccitarlo o istigarlo ad eseguire la commissione. In tal caso la responsabilità del mandante diminuisce, in quanto che la base su cui tal responsabilità si appoggia scema assai di valore . Infatti non può dirsi che egli solo sia stato causa morale del delitto che non sarebbe accaduto senza la di lui commissio-

ne, dappoichè l' esecutore del delitto, agiva contemporaneamente e per interesse del mandante e per interesse proprio, sicchè fosse luogo a ragionevolmente supporre che la causa propria abbia potuto prevalere alla altrui. In questo caso tutti gli scrittori, che sopra abbiamo citati, hanno preveduta tal contingenza, e sono concordi nel ritenere il mandante non come correo, ma come complice del delitto dal mandatario commesso, ritenendone quest' ultimo come solo autore .

Nello indicare i modi con i quali può constatarsi il mandato a delinquere abbiamo fatta menzione dell' intervento di un terzo, che abbiamo distinto col nome di messo, nunzio, delegato ec. ec., il quale, nella scienza del reato, sia concorso con l' opera propria a porre in accordo i due contraenti, a palesare la proposizione del mandante, e ad ottenere l' accettazione del mandatario. Qual sarà la responsabilità di costui nel delitto? Il lodato Roberti (*loc. cit.*), prevedendo questo caso, ritiene che questo nuncio dell' altrui iniquità e perfidia, deve esser punito non come

correo, ma come complice, e così come debitore di un concorso o partecipazione secondaria al delitto.

Ora che abbiamo esaminato il mandato in se stesso, e detto ciò che era necessario sulla imputazione del mandante e del mandatario, passiamo alla promessa analisi di questo modo di delinquere dal primo atto fino alla consumazione.

Abbiamo già notato che il mandato ha giuridica vita dalla proposizione del mandante accettata dal mandatario; fa d' uopo dunque che intervenga il consenso di ambedue, perchè di mandato si parli.

Ora la semplice proposizione dal mandante diretta al mandatario, e da questo non accettata, esclude affatto ogni idea di mandato. La proposizione sarà un atto immorale ed iniquo per parte di colui che l'ha fatta; ma sarà d'altronde un atto scevro da ogni imputazione, mentre se è vero, come non può dubitarsi, che il proponente non voleva di per se stesso eseguire il delitto, ma ad altri ne commetteva la esecuzione per suo conto ed interesse; se la persona a cui si è

diretto rifiuta lo incarico, la proposizione rimane nei limiti di un mero desiderio, di una prava intenzione affatto sterile nelle sue conseguenze. E tanto ciò è vero, che i più culti scrittori di diritto convengono che, se l'individuo richiesto dopo avere rifiutato il suo assenso, pentito di poi, senza nuova sollecitazione del proponente, eseguisce il delitto, rimane egli solo delinquente in causa, ritenendosi avere il delitto consumato per suo proprio conto ed interesse, considerata come nulla e di niun effetto la ricevuta provocazione da lui contraddetta.

Ma siccome alla società deve interessare che simili provocazioni, anche non assentite da quello cui sono dirette, abbiano una repressione penale, non solo per la pravità che contengono in se stesse, come per l'allarme che possono facilmente produrre, così gli scrittori suddetti eccitano molto opportunamente il legislatore a formare della semplice provocazione o proposizione un delitto di per se stante, di cui dovrebbe esser responsabile colui che l'ha emessa, minac-

ciandola di una pena mite, ma corrispondente però alla gravità del delitto, la cui esecuzione ad altri voleva commettersi. Ma fino a che una speciale disposizione a ciò non provveda, fa d' uopo, dicono i notati autori, e con ragione, lasciarla impunita, perchè non solo è atto *preparatorio*, che per le regole di diritto non può considerarsi neppure come principio di esecuzione di un delitto, ma anche perchè il dissenso del provocato ne ha resa impossibile la esecuzione nel modo che il provocante o il proponente erasi proposto. Si veda ciò che abbiamo detto in proposito a pag. 43 vol. II.

Progredendo adesso nel postoci esame, fingiamo il caso di una proposizione fatta ed accettata; allora esiste mandato; abbiamo un mandante ed un mandatario; ma qualunque sia la ragione, il delitto non viene eseguito.

In questi termini di fatto, il mandante ed il mandatario saranno di fronte alla legge penale imputabili?

A questa domanda i maestri nella scienza penale e la nostra pratica giurisprudenza rispon-

devano affermativamente, ma in un senso assai limitato. Infatti se, come abbiamo premesso, la semplice provocazione a delinquere da quello cui era diretta non accettata, può per la sicurezza sociale costituire un delitto *sui generis*, a maggior ragione deve costituire un delitto speciale, perfetto nella sua indole e natura il mandato a commettere un azione criminosa, posto in essere dal reciproco consenso dei contraenti. Maggiore è in questo la onta alle leggi eterne della morale, più grande l' allarme che la società ne risente, mentre questa, se può temere per una semplice proposizione da altri respinta, e così resa inane e sterile, tanto più deve disturbarsi quando l' incarico è stato accettato, e così il pericolo è reso più grave ed imminente; quindi è che l' autorità degli scrittori e dei nostri Tribunali, nel silenzio delle leggi penali, ha creato del mandato proposto, accettato, ma non eseguito, un delitto *sui generis*, che è stato chiamato *mandato a delinquere*, da reprimersi con pena straordinaria.

Per altro gli scrittori sud-

detti hanno mosse due questioni gravissime, nel risolvere le quali sono andati in diverse opinioni .

La prima consiste nel decidere se, nel notato delitto *sui generis* chiamato *mandato a delinquere*, il mandante ed il mandatario sono correi .

Il chiarissimo Carmignani ritiene l' affermativa, e giustifica la sua opinione nel modo che segue — *Teoria delle leggi sociali lib. 2 cap. 18 § 2.* « *ivi* » *Siccome il mandante* » *altro non conferisce al de-* » *litto che una dichiarazione* » *di animo con parole mani-* » *festata, così, se questo solo* » *fatto lo deve sottoporre al-* » *la imputazione che al con-* » *sumato delitto ha decretata* » *la legge ; perchè non sotto-* » *porre al rigore medesimo* » *il mandatario, tosto che ab-* » *bia dal lato suo con parole* » *dichiarato il suo animo* » *pronto al delitto con l' ac-* » *cettazione del mandato ? »*

Ma al contrario il chiarissimo Cremani (*De jur. crimin. lib. II cap. 5 art. 4 n.º 6*) e il De Simoni (*Delitti di mero affetto p. II cap. 5*) ed il Roberti (*Corso di diritto criminale*

part. I lit. 2 cap. 5 sez. 2) opinano per la impunità del mandatario, mentre dicono che l'accettazione di questo, potrebbe sovente derivare da un apparente condisendenza verbale alle vedute del mandante , ed esser figlia del disegno di giovare anche alla vittima designata dalla malvagità di costui . Aggiungono ancora che ben diversa è la condizione di ambedue , perchè il mandante ha per parte sua consumato moralmente il delitto nella commissione data al mandatario , e da questo accettata , quando al contrario il mandatario, oltre il consentire al delitto, si obbliga ad eseguirlo. Ed ognuno sa quanta differenza passi dall'immaginare all'eseguire, sicchè non possa esser nella proposta specie trattato alla pari dell'istigatore. Finalmente l'ultimo fra i citati autori deduce anche una ragione politica per assolvere il mandatario da una , spesso imprudente , piuttosto che criminosa promessa, onde dissuadere con maggior facilità il mandante dallo eseguire il delitto, facendo conto del probabile pentimento di cui potesse esser preso nello stesso cam-

mino del reato .

In questa dissuonanza di opinioni, noi incliniamo a seguire la seconda anzi che la prima, tanto più perchè, se la nostra giurisprudenza offre esempj di condanna del mandante per il delitto *sui generis* detto *mandato a delinquere*, non ne dà di fronte al mandatario .

La seconda questione consiste nel sapere, se il delitto *sui generis* di cui abbiamo fin qui parlato, sussista a carico del mandante nei diversi casi che appresso ;

1.° Se il mandante ha in tempo debito revocato il mandato e impedito così il delitto ;

2.° Se , non ostante una tal revoca, il mandatario ha eseguito il delitto per proprio conto e per cause sue proprie;

3.° Se il mandatario, pentito del dato consenso, si fosse dal delitto astenuto ; e

4.° Se, indipendentemente dal pentimento del mandante o del mandatario, il delitto fosse stato impedito per qualsivoglia altra causa .

Rapporto al primo caso , il pentimento sottrae il mandante alla pena meritata per il mandato dato ed accettato. Ab-

biamo già esposte a pag. 55 vol. II le ragioni a cui si basa questa impunità, perciò non è necessario qui ripeterle .

Rapporto al secondo caso il mandante, a parer nostro, sarà tenuto alla pena prescritta al delitto *sui generis* , perchè eseguito il delitto, resta sempre a lui la responsabilità di averlo eccitato .

Negli altri casi devesi al mandante la pena del delitto *sui generis* perchè, se il delitto non è avvenuto, deve attribuirsi o alla respiscenza del mandatario, o a cause estranee alla volontà di questi e del mandante, sicchè la imputabilità contratta dal mandante stesso rimane intiera, non avendo egli contribuito a impedire il delitto, nel quale anzi ha sempre persistito .

Inutile sarà il dire che i delitti *sui generis* dei quali sopra abbiamo parlato, del mandato cioè dato e non accettato, e del mandato accolto dal mandatario, non si fa più conto quando il delitto ha avuta esecuzione , o anche è stato semplicemente tentato , in quanto che la esecuzione, o il principio di essa, assorbono le precedenti spe-

ciali delinquenze .

Proponiamo adesso il caso del mandato revocato dal mandante, ma non in tempo opportuno. Il mandatario ignaro della revoca ha eseguito il delitto. *Quid juris?* Questo caso si scioglie , e con i principj del buon senso, e con le teorie delle leggi civili prescritte sul contratto di mandato. Questi principj e queste teorie insegnano che il mandato finisce con la revoca del mandante posta a notizia del mandatario ; fino a che la revoca a quest' ultimo non è nota , egli agendo obbliga il mandante. Da ciò emerge che quest' ultimo , alla pari del mandatario, è responsabile del delitto commesso per non avere in tempo contromandata la commissione . Egli ne è stata la causa scientemente e volontariamente ; imputi a se stesso, se il suo cangiamento di volontà non è stato conosciuto a tempo . Questo è il caso dice il Rossi (*Traité de Droit Pénal* liv. II chap. 36) di colui che dopo aver messo il veleno sotto gli occhj della persona che vuole avvelenare , ed essersi allontanato; preso da pentimento , ritorna precipitosa-

mente indietro per impedire la consumazione del delitto, e trova che la pozione letale è giunta alle viscere della vittima ; il moribondo può perdonargli ; la giustizia umana deve punirlo .

Può anchè verificarsi il caso che la revoca del mandato , sebbene fatta in tempo , non abbia arrestato il mandatario nella esecuzione dello scellerato impegno da lui contratto , e che questi abbia perciò consumato il delitto. Non può sorgere quì questione sulla imputabilità del mandatario, il quale, mediante la revoca da lui disprezzata , ha assunta un'altra veste, quella cioè di autore ed esecutore insieme del delitto , a cui ha dato opera , non per conto altrui, ma per conto ed interesse proprio . Qual sarà di fronte alla legge penale la responsabilità del mandante? A noi pare che al caso attuale sieno applicabili le osservazioni che abbiamo di sopra fatte al secondo caso . Se la legge penale considera il mandato a delinquere come delitto *sui generis*, il mandante soggiacerà nel caso che si esamina alla pena per tal delitto mi-

nacciata. Se al contrario di questo speciale delitto non fa parola, il mandante per il sopravvenuto pentimento in tempo manifestato sarà immune da pena.

Ora sempre più inoltrandoci nella materia, fingiamo il caso che il mandatario abbia cominciata la esecuzione del commessogli delitto; ma questa sia rimasta interrotta, o non siasi ottenuta per delitto *mancato*. Qual sarà la imputazione che pesa sul mandante e sul mandatario? Onde sciogliere la questione fa d' uopo qui richiamare le regole che abbiamo somministrate a pag. 44 e 46 vol. II, parlando del tentativo del delitto e del delitto mancato. Il mandante è causa morale del delitto altrui; è debitore perciò di quanto il mandatario ha eseguito in suo nome e conto. Se il tentativo o il delitto mancato rimangono di fronte alla legge penale imputabili, lo saranno del pari di faccia ad ambedue, ambedue cioè saranno tenuti di tentativo, o di delitto mancato. Se nò, ambedue andranno impuniti, salvo il caso che la legge ritenesse come delitto *sui generis* la provocazio-

ne e l' accettazione del mandato, dappoichè di fronte ad essa rimarrà sempre delinquente il mandante.

Resta adesso a parlare dell' eccesso nella esecuzione del mandato. Su tale interessante questione gli scrittori di diritto penale non sono concordi. Noi riferiremo le loro diverse opinioni, e quindi francamente, ma remissivamente, diremo a quale di esse noi daremmo preferenza.

Il dottissimo Renazzi nella tante volte da noi citata sua opera (*lib. 4 cap. 9*) sostiene acremente che l' eccesso nella esecuzione del mandato è imputabile in tutti i casi al mandante, sia perchè col dare una iniqua e scellerata commissione ad un terzo ha con dolo di proposito agito, sicchè debba tenersi responsabile delle sequelle tutte che ne sono nate, sia perchè avendo nella esecuzione della prava sua intenzione collocata la sua fiducia nel mandatario, deve a se stesso imputare se ha questa fiducia male spesa, sia perchè alla iniqua commissione da lui data deve sempre referirsi ogni eccesso, mentre se egli astene-

vasi dall' accordarla delitto alcuno e molto meno l'eccesso sarebbe avvenuto ; sia perchè in fine facile è il prevedere che colui che ad atroce opera per altri si impegna, e che mostrasi in aspetto d' uomo facinoroso e brutale , possa nella esecuzione sorpassare le leggi dal mandante impostegli . In tale opinione concorre il celebre Romagnosi nella sua *Genesi del Diritto Penale* §§ 598 e segg. quantunque , come ne attesta l' egregio Giuliani , (*Instituz. di Diritto Criminale lib. I cap. 7*) egli l' abbia modificata assai in una sua corrispondenza col non mai abbastanza compianto Prof. Giovanni Valeri . Il chiarissimo Roberti (*Corso di Diritto Penale part. I tit. 2 cap. 5 sez. 2*) va nella medesima sentenza, e con lungo ragionamento confutando la contraria dottrina, si sforza a provare esser di necessità politica il tenere a calcolo il mandante di ogni e qualunque eccesso del mandatario , tanto che il primo avesse potuto , quanto che gli fosse stato impossibile a prevederlo. Eccettua soltanto dalla regola generale il caso in cui l' eccesso fosse

derivato da motivi indipendenti dalla esecuzione del mandato, e così personali al mandatario , e l' altro nel quale risultasse che il fatto del mandatario costituisse un delitto totalmente differente da quello compreso nel mandato, e che mancasse di qualunque connessione con quest' ultimo, in quanto che allora saremmo fuori affatto dal mandato, e non avremmo in causa che il solo mandatario .

Ma l' autorità dei già citati due sommi scrittori di scienza penale è combattuta da altri celebri criminalisti , fra i quali ci piace il rammentare il Paoletti *Instit. Crimin. lib. III tit. 40* , il Nani *Principj di Giurispr. Crimin. § 143*, il Carmignani *element. jur. crim. §§ 229 220 e 224*, e nell' altra di lui opera *Teoria delle leggi sociali lib. 2 cap. 48 § 4*, il Giuliani *Instituz. di Diritto Crimin. lib. I cap. 7*, il Rossi *Traité de Droit Penal liv. II chap. 36*. Eglino risolvono la questione dietro l'esame delle cause che hanno prodotto l' eccesso . Tutti questi accreditatissimi scrittori si partono dell' esaminare, se il

detto eccesso fosse o no prevedibile per parte del mandante, e decidono tenuto costui a tutte le conseguenze nel primo caso, non tenuto nel secondo, limitando la di lui imputazione entro i confini del mandato. Ma onde giungere a conoscere quando e come la prevedibilità potesse verificarsi, in quali casi non si potesse, si fanno ad indagare in qual modo sia l'eccesso avvenuto, se cioè nei mezzi dal mandatario adoperati onde dare esecuzione al mandato, se invece, nel fine dal mandante propostosi, o se in fine negli uni e nell' altro insieme.

Onde meglio intendere il valore giuridico di questa distinzione, procediamo per via di esempi.

Il mandante ha commesso al mandatario la esecuzione di un furto semplice a danno di un terzo. Le istruzioni che ad esso ha date limitavansi ad impossessarsi della cosa altrui, senza violenza alle cose o alle persone, senz' armi, senza associare altri alla impresa. Il mandatario si unisce ad altri malfattori, con essi si fa strada al domicilio del derubato, mediante scasso ec. ec., e usa

violenze contro il medesimo. Ecco un esempio di eccesso nei mezzi. Altro esempio del medesimo genere — Il mandante commette ad altri di schiaffeggiare o percuotere a pugni o con un bastone Sempronio. Il mandatario invece uccide o ferisce questo con spada o con arme da fuoco.

Gli esempi di eccesso nel fine o nello scopo si riscontrano nei casi seguenti. Il mandante commette al mandatario di arrestare o sequestrare nella propria casa Mevio. L' esecutore del mandato procede all' arresto o al sequestro, ma unisce ad esso delle torture a danno di Mevio, gli estorce del danaro, delle obbligazioni, delle cambiali e finisce per toglierli la vita. Oppure facciamo il caso che il mandante avesse incaricato altri di riprendere anche con violenza ad un terzo un orologio che avevagli imprestato, e che avevagli molte volte richiesto, ma inutilmente. Il mandatario eseguisce il mandato, ma trovando in casa di colui che ha spogliato dell' orologio, un sacchetto di danaro, se ne impossessa e lo invola. In ambedue questi

casi ritroviamo eccesso nello scopo o nel fine, che il mandante erasi proposto. Nel primo si era limitato a richiedere dal mandatario un semplice arresto o sequestro; quest'ultimo lo ha convertito in lesioni personali, estorsioni ed omicidio: nel secondo il committente aveva affidato ad altri il delitto di ragion fattasi di propria autorità; l'esecutore vi ha aggiunto un furto.

Facile riesce il formarsi una idea chiara dello eccesso contemporaneo nei mezzi e nel fine, tutte le volte che il mandatario, oltre al non curare le istruzioni dategli dal mandante, esegue un delitto totalmente diverso ed estraneo a quello commessogli, per motivi a lui personali, come abbiamo sopra indicato nel referire l'autorità del Roberti.

Ora nei casi che abbiamo presentati, gli autori menzionati sono concordi nel decidere che il mandante non può esser tenuto per intenzione diretta dell'eccesso del mandatario, in quanto che l'eccesso medesimo non era prevedibile, mentre proveniva dal pravo animo dell'esecutore. Vero è

però che gli autori stessi convengono che nel calcolo della pena dovuta al mandante, re-
strittivamente ai limiti della commissione da lui data, dovrà sempre porsi in conto l'eccesso avvenuto, sebbene imprevedibile. Ed infatti alla di lui imputabilità diretta dal mandato proveniente, deve unirsi un grado e non tenue d'imprudenza nell'appello che ha fatto alla forza individuale per servirsene in un delitto, e nella improvvida scelta che egli ha eseguita nel porre ad atto la sua prava volontà in persona scellerata, prona ad andare al di là dei prescritti confini. Ma da questo grado d'imputazione a quello di diretta colpeabilità, passa tutt'intervallo che separa l'azione *positiva* dall'azione *negativa*, secondo quanto insegna il preludato Rossi.

Fuori dei notati tre casi, esiste sempre la responsabilità del mandante nell'eccesso del mandatario, in quanto che egli poteva e doveva prevedere le sequelle dell'azione criminosa che ad altri commetteva.
» *Tanto il rigoroso diritto*, dice il Giuliani, *quanto la*

» pubblica prudenza, voglio-
 » no che il mandante sia te-
 » nuto del delitto susseguito ;
 » lo vuole il rigoroso diritto,
 » perchè allorquando uno è
 » in dolo è secondo ragione
 » che la di lui responsabilità
 » penale si estenda a tutte
 » quelle conseguenze che, giu-
 » sta il consueto ordine delle
 » cose, derivarono dalla sua
 » azione, in guisa da essere
 » state dal suo intelletto in-
 » dubbiamente prevedibili; lo
 » vuole la prudenza politica,
 » perchè se a colui che è in
 » dolo si ammettesse la scusa,
 » che non prevede tutte quelle
 » conseguenze della sua azio-
 » ne, che erano di facile pre-
 » veggenza, molti veri delitti
 » sicuoprirebbero con il man-
 » to della colpa, e sfuggireb-
 » bero quella penale sanzio-
 » ne che la legge ha statuito
 » appunto per prevenirli. »

Infatti colui che, senza indi-
 care al mandatario restrizione
 alcuna, lo incaricasse di com-
 mettere un furto di cento , e
 questo usasse violenza alle co-
 se o alle persone per consu-
 marlo, e non cento, ma mille
 rubasse; se incontrato il deru-
 bato che volesse difendere se

stesso ed i proprj beni, con lui
 venisse a contesa , e lo ferisse
 o lo uccidesse; se colui che in-
 carica altri di percuotere con
 bastone o di ferire soltanto
 con un ferro o arme a fuoco ,
 fosse dal mandatario nel da-
 togli incarico sorpassato, per-
 chè nel bastonare o nel fe-
 rire ha ucciso ; come potrà in
 tutti e ciascuno di questi casi
 efficacemente difendersi , alle-
 ganda non avere egli acconsen-
 tito in quell' eccesso , essere
 stato il mandato oltrepassato
 per colpa del mandatario, sen-
 za che la di lui volontà vi fos-
 se incorsa , quando il naturale
 ed ordinario andamento delle
 cose suggeriva al di lui inten-
 dimento la facile previsione di
 un eccesso ?

Il Carmignani per altro (*loc.
 cit.*) onde misurare la imputa-
 bilità del mandante nello ec-
 cesso commesso dal mandata-
 rio, alla notata distinzione del-
 la prevedibilità o imprevedibi-
 lità dell' eccesso medesimo ,
 ne aggiunge altra, cui noi non
 sapremmo annuire .

Prima di tutto a noi sembra
 che il lodato scrittore si parta
 da un dato erroneo, quando ri-
 tiene che l' eccesso nel man-

dato, allorchè è imputabile al mandante, lo è sempre per il lato della colpa e non del dolo. Egli si muove dal riflesso che non può ad esso direttamente imputarsi ciò che egli non ha voluto, ed un male di cui non è direttamente l' autore: dappoichè è omai per il consenso universale stabilito che gli avvenimenti, che di un dato fatto potevan facilmente prevedersi come conseguenze, perchè sono dell' andamento naturale ed ordinario delle cose umane, sono imputabili al mandante, come autore diretto dei medesimi, come debitore solidale di colui che per suo conto ed interesse ha agito: così la pensa pur anco il dottissimo Rossi, sebbene sia fra quelli, che nelle sue teorie assai più degli altri scrittori si è mostrato favorevole al mandante.

Ciò premesso l'elogiato Carmignani osserva, che l'eccesso nella esecuzione del mandato può essere per parte del mandatario, ora *volontario*, ora *colposo*, ora *necessario*, ora *casuale*, e conclude che la imputabilità del mandante nei due ultimi casi è massima, media nel secondo, minima nel primo.

Noi non sappiamo nella tenuità nostra comprendere quale luce maggiore, quale più grave importanza, questa distinzione abbia dato all' altra della prevedibilità o imprevedibilità dell' eccesso nella mente del mandante, se il mandatario per pravo animo, per ferocia e brutalità di carattere, senza necessità e fuori del naturale e dell' ordinario andamento delle cose umane, ha ecceduto nella esecuzione del mandato. Siamo i primi a convenire che di questo *volontario* eccesso sarà in linea di mera colpa responsabile il mandante, e perchè, come abbiamo già detto, egli ha commesso ad altri la esecuzione di un delitto, e perchè ha stulto persona prona ad eccedere nella scelleratezza. Non conveniamo però nella media responsabilità del mandante quando l' eccesso è derivato da colpa, da imprevidenza del mandatario: mentre quando si tratta di azione essenzialmente ed intrinsecamente delittuosa, nella quale il dolo è insito e più il dolo di proposito, ciò che accade, e che può agevolmente prevedersi, sta a carico e di chi lo commette e di chi lo esegui-

sce. Diamo volentieri la nostra annuenza alla massima responsabilità del mandante nell' eccesso necessario non per colpa, ma per dolo, perchè se il mandatario assalito dalla vittima designata che aveva diritto a difendersi, ha dovuto per salvare se stesso o ferire o uccidere, in questo duro frangente lo ha posto il ricevuto ed accettato mandato, e l' autore morale, e l' autore fisico dovevano facilmente prevedere che la vittima non sarebbe sottostata al disastro non meritato senza resistenza. Rigettiamo poi con il citato Giuliani nel quarto caso ogni responsabilità nell' eccesso del mandato, quando procede da forza maggiore, mentre se un eccesso casuale non è prevedibile dal mandatario, non può esserlo neppure dal mandante; e del resto è massima inoppugnata di diritto che dal fortuito non può nascere imputazione.

Non dobbiamo passare sotto silenzio, parlando dell'eccesso del mandato, il caso contrario nel quale resulti difetto. Immaginiamo il caso di un mandante, che abbia incaricato taluno di uccidere Sempronio, e

che invece di ucciderlo, il mandatario lo abbia ferito o semplicemente percosso; ed anche l' altro caso di taluno che avesse incaricato altri di un furto di mille, e questi si fosse limitato a rubar cento. Nell' uno e nell' altro caso quale sarà la pena dovuta al mandante? Forse quella del delitto da lui voluto, o piuttosto l' altra del delitto dal mandatario eseguito?

Non può esservi ragionevole obietto per scostarsi da quest' ultima conclusione. Nei delitti non devesi far conto solo della intenzione criminosa, ma devesi tener dietro all' evento. In ambedue i casi proposti la rea intenzione del mandante era diretta all' omicidio e al furto più grave; ma la volontà del mandatario l' ha ristretta, ed ha limitato il delitto a lui commesso a semplici percosse, o ferimento, o a furto di assai più tenue importanza. Quindi è che, se si punisse il mandante in ragione di ciò che aveva scelleratamente deliberato, e non di ciò che effettivamente è accaduto, si punirebbe per il lato del pensiero criminoso, di che occupar si può la legge mo-

rale, la penale non mai. Oltre a ciò si troncherebbe quel nesso che esiste fra la intenzione del mandante e l' azione del mandatario, nesso che, come abbiamo detto, fa ravvisare il primo come la mente che risolve, il secondo come il braccio che opera, e che crea di fronte alla legge penale due delinquenti ugualmente imputabili, correi della sola azione delittuosa che ne è risultata. Ora questo nesso sarebbe distrutto, se si dovesse punire il primo del delitto che ha risoluto, il secondo di quello che ha eseguito.

Per altro la regola da noi espressa, onde risolvere la proposta questione, può non essere applicabile tanto di fronte al mandante che al mandatario, allorquando risultasse che la rea commissione data dal primo ed accettata dal secondo avesse avuto un più limitato effetto non per volontà o pentimento del mandatario, ma perchè questo fosse stato impedito nella esecuzione dal compiere l' opera scellerata, o il di lui fatto non avesse ottenuto i risultati che sperava. Nel primo caso saremmo in termini

di un *tentativo*, nel secondo in quelli di un delitto *mancato*. Ed allora fermi stanti i principj di diritto penale già spiegati, il mandante ed il mandatario sarebbero tenuti di tentativo di omicidio o di omicidio mancato, o rispettivamente di tentativo di furto di somma maggiore di quella involata.

II. — *Ordine o comando*.

Colui che ha un autorità o una influenza qualsiasi sopra un suo dependente, e che a questo impone di commettere un delitto, è causa morale efficacissima del delitto medesimo; il subordinato o comandato ne è causa fisica. Nè è necessario per porre in essere la imputazione del comandante, che egli emetta un ordine preciso o un incarico minaccioso ed imponente, bastando la manifestazione di un semplice desiderio, la emissione anche di un cenno per indurre il subordinato ad eseguire, al che è spinto, o da una cieca sommissione timorosa alla volontà del superiore, o dalla brama di cattivarsi la di lui benevolenza, o finalmente dal dare ri-

prove, mediante obbedienza, della venerazione che professa alla di lui persona. Colui che comanda è tanto più responsabile di fronte all'altro che obbedisce, perchè abusa dell'autorità e del potere che ha sopra di lui, e perchè, obbligato per la sua posizione a dare esempj ed insegnamenti di buona morale al sottoposto, corrompe il di lui animo spingendolo al delitto. Quindi non può nascer dubbio sulla correttezza del superiore nel delitto commesso dall'inferiore, perchè in questo egli ha avuto una influenza necessaria, diretta è principale. Infatti senza il ricevuto ordine o comando l'inferiore non si sarebbe reso delinquente, perchè in lui mancava qualunque causa o spinta al reato. (*Roberti oper. cit. part. I tit. 2 cap. 5 sez. 2.*)

Quantunque a primo intuito sembri che l'ordine ed il comando fraternizzino col mandato, perchè ambedue sono causa morale del delitto, in quanto questo in ambedue si commette per conto ed interesse del mandante, e rispettivamente del superiore, e perchè le parti dei due agenti morale

e fisico sieno simili, mentre il primo vuole il delitto, il secondo lo vuole e lo eseguisce, ciò non pertanto una differenza sensibile giuridicamente passa fra l'uno e l'altro.

Abbiamo già detto a pag. 74 vol. II, che il mandato si verifica fra persone le quali non abbiano fra loro alcuna dipendenza, ed è per questo che deve presentare i caratteri di quell'accordo reciproco, che è necessario per immedesimare in una sola le due volontà, a tal che la proposizione del committente, e la accettazione del commissionato nascano dal libero e spontaneo loro volere. Al contrario nell'ordine o nel comando che presuppongono abuso di autorità o di potere, non è d'uopo dell'accettazione dell'inferiore, perchè chi a lui comanda ben conosce che trova in esso un pronto esecutore dei suoi cenni ed un docile istrumento della di lui volontà. L'autorità o il potere impongono alla mente di colui che vi è subietto, in modo da non lasciargli quella libera scelta che è necessaria per contrarre una piena responsabilità, e producono per conseguenza in lui

una certa violenza nata dal così detto *timore reverenziale*, che rende ben distinta e diversa la di lui posizione da quella di chi abusa dell'autorità e del potere. (*Anton Matheo op. cit. cap. IV n. 15*).

Dunque secondo il parere di tutti i buoni scrittori di diritto penale, l'ordine o il comando suppone un autorità o un potere su quello che presta obbedienza; questa autorità o potere nasce, o da rapporti di famiglia, o da rapporti politici; i primi danno autorità al padre sui figli, al tutore sul minore, al maestro o educatore sui discepoli, al marito sulla moglie, al padrone sui servi, o sugli operanti da lui stipendiati; i secondi al magistrato o superiore sui subalterni.

Abbiamo già di sopra parlato abbastanza della responsabilità che contrae il superiore o domestico o politico nel delitto commesso per suo ordine o comando dal sottoposto. A questa responsabilità che nasce dalla coscienza universale, consentivano le leggi Romane di cui in appresso parleremo. Resterebbe ora a tener proposito del sottoposto nel delitto

da lui eseguito per ordine del superiore; ma su questa materia ci siamo ancora e lungamente tratti a pag. 301 (vol. I) quando parlammo dei coatti, e torneremo a parlarne con maggiore opportunità allorquando dovremo commentare l'art. 64 del Codice. Qui ci limiteremo ad osservare che le *legg. 1, 157, 167, e 169 ff. de regul. juris*, 8 *cod. ad leg. Juliam de vi public.*, 2 *Cod. de sepulc. violat.*, e 20 *ff. de oblig. et action.*, quando si tratta di sottoposti alla domestica autorità reprimono questi con pena più mite dei superiori quando avvengono delitti atroci, e allorchè si tratta di sottoposti ad autorità o potere politico assolvono, purchè siavi stata propria e vera necessità di obbedienza passiva e muta.

Termineremo i nostri riflessi sul comando ed ordine con l'avvertire che sono comuni al comandante, e rispettivamente al comandato i principj di diritto, che abbiamo a pag. 74 (vol. II) sviluppati sul mandato in rapporto alla commissione data ma non accolta, a quella accettata e poi revo-

cata in tempo utile o no , al pentimento del mandatario, al delitto cominciato , ma non compiuto, al delitto mancato, e finalmente all' eccesso o difetto nella esecuzione , ritenuta sempre ed in ogni caso la minore imputabilità nel sottoposto per il concorso della morale violenza che egli ha sofferta. È superfluo il giustificare l' applicabilità dei notati principj anco al comando, intuitivamente mostrandosene la giustizia e la convenienza nell' analogia che passa relativamente ai notati casi fra il comando o l' ordine ed il mandato . Inutile finalmente sarà il dire che la responsabilità del sottoposto che compie il comandatogli delitto, crescerà e non poco, se ha ricevuto danaro, doni o promesse in premio dell' assunto impegno, perchè con il proprio fatto ha provato, che non ha agito soltanto per coazione morale , per subiezione o venerazione al superiore, ma che a spingerlo alla rea opera, ha dato non tenue tratto il turpe ed infame lucro che ne ha risentito o sperato .

III. — *Consiglio .*

Il chiarissimo Giuliani così definisce il consiglio « *quell'atto, per mezzo del quale l'uomo, soccorrendo alla dubbio biezza del suo simile , lo rende partecipe del tesoro della sua prudenza , onde additargli il modo da condursi più conforme alla di lui felicità e alla ragione* » e con l' Anton Matteo soggiunge « *il consiglio è cosa sacra; e a un Dio terreno deve paragonarsi chi consiglia ; quando si consiglia dunque altri a mal fare si fa un turpe abuso di una santa cosa , e propriamente parlando non si consiglia , ma si tradisce il consigliato , non potendo mai il peccare essere conforme alla felicità del peccante .* » (*op. cit. lib. I cap. 7 § 2*)

Le leggi della morale riprovano adunque il consiglio a delinquere . Ma noi non ci occupiamo di queste , ma soltanto di quelle che politicamente reggono il consorzio sociale .

Avanti di parlare della imputazione che nasce dal consiglio, diremo in che questo dif-

ferisce dal mandato e dall'ordine o comando. Tanto nell'uno che nell'altro di questi due modi di delinquere (mandato o ordine) il delitto che ne risulta, lo abbiamo già detto e lo ripetiamo, è intrapreso per conto ed interesse di colui dal quale il mandato, l'ordine o il comando provengono. Al contrario nel consiglio il delitto si fa e si compie nello interesse soltanto del consigliato; colui che il consiglio emette, seguendo gli impulsi del pravo e perverso animo suo, non fa che eccitare al delitto, provocare il consigliato a commetterlo, senza avere alcuna spinta, alcuna causa personale che lo muova. Da ciò nasce la giuridica conseguenza che la responsabilità del consigliante comincia al momento che il consigliato tenta o consuma il delitto, e sta sempre in proporzione della influenza o efficacia, che il consiglio ha avuto nell'animo del consigliato per indurlo alla esecuzione del delitto medesimo.

Se dunque il consigliato non ha dato ascolto al consiglio, e si è astenuto dal violare la legge penale, il consigliante avrà

mancato alle leggi della morale, si meriterà la reputazione di uomo pravo e perverso, ma non potrà essere dalla legge penale punito, perchè l'iniquo suo consiglio è rimasto inane ed inutile. Se poi quest'ultima legge, a tutela della società, che può risentir pericolo dalle scelerate insinuazioni e dagli eccitamenti a mal fare, per misura preventiva, punirà come delitto *sui generis* la istigazione o consiglio non accolti, o accolti ma non eseguiti, allora il consigliante o istigante dovrà subire la pena minacciata; per altro non così sarà del consigliato, che con la sua inazione, quantunque abbia ascoltato e lodato il pravo consiglio, ha mostrato di non volerlo seguire.

In rapporto alla influenza ed efficacia del consiglio, da cui si misura la imputabilità di chi lo ha emesso, gli scrittori i più elogiati della scienza penale osservano in primo luogo ed avanti qualunque altra cosa, che se fosse provato che il consigliato avesse risoluto di commettere il delitto, ed in tal risoluzione fosse stato tenacemente fermo avanti di doman-

dare o di ottenere il consiglio, al consigliere non resta imputabilità alcuna nell' avvenuta azione criminosa . E ciò in vista della niuna influenza del dato consiglio nell' animo di colui che era risoluto a commettere il delitto; rimarrà soltanto al consigliere la pena del delitto *sui generis*, qualora la legge penale la prescriva .

Osservano in secondo luogo i lodati scrittori, che a meglio conoscere la influenza del pravo consiglio a delinquere nell' animo del consigliato, fa d' uopo distinguere il consiglio medesimo in due specie ; in *nudo* o *generale* o *ortativo* , ed in *speciale*, *istruttivo* , *efficace* o *cooperativo* . Chiamano *nudo*, *generale* o *ortativo* l' eccitamento, la istigazione a mal fare, o anche a commettere uno speciale delitto , senza accompagnarla a istruzioni sul modo di efficacemente eseguirlo , di rimuovere gli ostacoli alla di lui consumazione, di insegnare il tempo, il luogo , la opportunità di giungere all' intento . Chiamano consiglio *speciale* , *istruttivo*, o *cooperativo* quello, che oltre all' istruire il futuro delinquente del modo di

commettere il delitto somministrandogli le notizie opportune , lo eccita ad eseguirlo , mostrandogli la facilità di commetterlo, e i lucri ed i comodi che a lui resulterebbero dalla esecuzione . A ben conoscere la indole giuridica di questa seconda specie di consiglio , crediamo opportuno di referire in proposito ciò che il già tante volte lodato Anton Matteo dice nella citata di lui opera « ivi » *Haud dubio consilium is dat , qui non solum monet aut exortatur, sed et instruit , et perficiendo sceleris viam ostendit ; velut si quis furem doceat qua parte aedium paterfamilias iniuriae pateat; quibus feramentis horrea infringi possint ; si quis adultero locum, tempus, occasionem stupri explicet ; si quis calumniatori del probationes, alleget accusationes , capita ec. ec. Quis dubitet hujus criminis reum esse , cum tantum non architectus totius flagitii dici possit ?* (*Prolegom. cap. I §§ 8 e 9.*)

Ora dalla prima specie di consiglio tutti gli autori sostengono che il consigliere non

contrae responsabilità alcuna, abbandonandone la punizione alla Eterna giustizia, e al retto senso degli uomini che sempre disapprova la immoralità; mentre essi dicono che la mente umana non riceve efficace impressione da quel consiglio che non facilita all' agente i mezzi di operare, nè dà nozioni atte a superare la forza degli ostacoli che prevede dovere incontrare, e rimane perciò in quella determinazione in cui era prima di ricevere il consiglio. Questa conclusione procede, salvo che la legge penale, come abbiamo sopra detto, non pronunzi contro l'autore di qualunque consiglio a delinquere una pena speciale.

Per altro d' uopo è che noi non omettiamo di osservare che, dalla indicata opinione che toglie ogni imputabilità nel delitto all' autore del consiglio nudo e generale, dissentono i tante volte da noi lodati Anton Matteo e Renazzi (*loc. cit. lib. 1 cap. IX § 6*) i quali tratti dalla apparente antinomia che si incontra nelle leggi Romane sul consiglio a delinquere, sono di avviso, che anche il nudo e generale consiglio porta al con-

sigliante responsabilità, sebbene straordinaria e tenue, in ossequio della morale e della ragione politica della legge che deve sempre reprimerlo, per allontanare la trista influenza delle scellerate istigazioni. Ci tratterremo in breve sul disposto delle leggi Romane; ci limitiamo adesso a dire che al voto e desiderio giustissimo dei due suddetti scrittori, deve annuire la legge col creare del consiglio un delitto *sui generis*. Ma finchè questo non esiste, se è vero che la responsabilità del consigliante sul delitto altrui, deve misurarsi dalla influenza che ha avuto il consiglio nell' animo del consigliato, bisognerà concludere, che se non ne ha avuto, o non ne poteva avere alcuno, di responsabilità non può parlarsi.

Al contrario dalla seconda specie di consiglio, come abbiamo già rilevato dalla riportata autorità dell' Anton Matteo, nasce tale una responsabilità nel consigliante, che dovrà reputarsi correo del delitto del consigliato, e con uguale pena punirsi, se sarà provato avere tanto la di lui istigazione influito sull' animo di que-

st' ultimo da concluderne che senza di essa il delitto non sarebbe avvenuto. In quest' ultimo caso il consigliere, come causa morale diretta del delitto, ha meritato e merita sorte non dispari da quello che lo ha eseguito, sebbene questo lo abbia eseguito a proprio conto e profitto. Ma se la influenza del consiglio non è stata tanto piena, da ritenerla come causa determinante al delitto, allora la responsabilità del consigliere diminuisce, e scende nella classe dei complici o ausiliatori, di quelli cioè che hanno prestata opera indiretta al delitto altrui, facilitandone o agevolandone la esecuzione.

Le già esposte teorie suonano con quelle contenute nelle leggi Romane, le quali sebbene a primo aspetto sembrano essere fra di loro in contraddizione, sicchè in alcune il nudo consiglio produca responsabilità nel consigliere, in altre quello che dicesi efficace e cooperativo soltanto, con savie e dotte considerazioni sono state conciliate dal chiarissimo Giuliani (*op. cit.*). Per comodo dei nostri lettori diremo che dai passi testuali tal disputa è

sorta, sono la *Leg. 1 § incidit ff. ad Sc. Turpil.*, 12 ff. *ad leg. Juliam de adult. 1, ff. de servo corrup.*, 56 e 50 ff. *de furtis*, 20 ff. *de his qui notant. infam.*, 11 § 6 ff. *de iniuriis*, ed il § *interdum Inst. lib. 4 Tit. I.*

Infatti il sopra lodato scrittore con solidi argomenti, sulla scorta del Vinnio osserva, che la parola *consilium* nelle leggi già citate ha un triplice significato, ora di dolo, o di proposito di delinquere, ora di consiglio nudo dato ad altri per commettere un' azione vietata, ora finalmente di consiglio accompagnato dalla istruzione e dalla indicazione dei mezzi necessari a commettere un delitto. Ora il consiglio nel primo significato non è imputabile, se non è accompagnato da un atto esterno, ed i Romani lo indicavano con le parole *ope consilio*; quello relativo al secondo significato disgiunto da aiuto non portava a danno del consigliere imputabilità; ed il consiglio della terza specie, cioè quello speciale ed istruttivo, teneva obbligato il consigliere alla pena, come quello che facilitava la esecuzione di un delitto, che altrimenti non sa-

rebbe avvenuto .

IV. — *Minacce* .

Poche parole dobbiamo spendere su questo modo di partecipazione al delitto altrui, dopo ciò che abbiamo lungamente esposto nelle nostre osservazioni sul Tit. III del Codice a pag. 296 (vol. I) , e nel nostro commento all' art. 54 a pag. 297 (vol. I). D' uopo è per altro osservare che non bisogna confondere con l'argomento in discorso ciò che è relativo a coloro che usano violenza fisica contro altri , sicchè facciamo di essi un istrumento materiale della loro volontà; quei che sottostanno a tal violenza e che chiamansi *inviti* , come abbiamo detto a pag. 296 (vol. I) , sebbene fisicamente operino l' azione criminosa, sono esenti da ogni responsabilità , a tal che uno solo è il delinquente , quello cioè che ha usato la violenza , e che è stato causa morale e fisica insieme del delitto. Il nostro rinvio adunque non concerne che le azioni criminose influite da timore, eseguite da coloro che chiamansi *coatti* .

Ciò premesso della responsabilità di questi in alcuni casi , come della loro non imputabilità in altri , noi dobbiamo quitacere, bastando quanto abbiamo detto nei luoghi sopra citati . Resta a dire di coloro , che mediante minacce ingeriscono nell' animo altrui il timore di un male, onde spingere al reato, sicchè il minacciato per evitare questo male si induca a commettere il reato medesimo .

Le minacce sono un mezzo potentissimo a coartare l' altrui libertà, e colui che le usa è causa morale del delitto altrui . Di qualunque natura sieno queste minacce o verbali o scritte, determinate o indeterminate , espresse con parole o in scritto o rese più gravi dalla presenza del minacciante , e più quando fosse armato, hanno sempre , pochi casi eccettuati , una influenza sull' animo di colui a cui sono dirette; quindi è innegabile che il minacciante è debitore di partecipazione al delitto .

Ma questa partecipazione può essere diretta e indiretta, principale e secondaria . È diretta e principale quando ri-

mane constatato che senza delle minacce il delitto non sarebbe stato commesso; è indiretta o secondaria, quando è provato che il minacciato per motivi e cause sue proprie era già risoluto a commettere il delitto, e che alla esecuzione di questo hanno le minacce aumentata la spinta dalla quale era mosso; ed è secondaria ancora quando la minaccia non aveva imponenza sufficiente ad incutere timore capace, non di togliere affatto, ma di diminuire almeno la libertà dell' agente; nel primo caso, cioè nel concorso della partecipazione diretta e principale, il minacciante entra nella categoria degli autori principali, e merita la pena dalla legge al delitto commesso prefissa; nel secondo caso deve ritenersi come complice del delitto, e così non come autore diretto, ma come ausiliatore del medesimo.

Abbiamo sopra detto che di qualche eccezione può esser meritevole la sopra accennata teoria, e ciò avviene, quando a prima vista il timore incusso fosse futile o vano, sì perchè minacciavasi un male nè pos-

sibile, nè probabile, sì perchè colui che minaccia trovavasi in un assoluta incapacità di realizzare il male minacciato. In questi casi, siccome resta intuitivamente esclusa qualunque efficacia nell'avvenuta minaccia, così questa non potrà giammai valere per indurre complicità, e molto meno correatà, in chi l' ha proferita. (*Roberti op. cit. par. II lit. 2 cap. 5 sez. 2*).

Restano a dire due sole parole sulla minaccia dal minacciato repulsa. In tal proposito il minacciante rimane debitore del delitto speciale di minacce, qualora la legge penale ad esso infligga una pena. La minaccia che ad altri si dirige, onde obbligarlo a commetter un delitto, non costituisce un tentativo di questo delitto, ma bensì un atto preparatorio reso frustraneo ed inane dal rifiuto del minacciato. Onde è che se la legge penale non crea della minaccia un delitto *sui generis*, il minacciante rimane esente da pena.

Inutile è il dire che se il minacciato non ha consumato il delitto, ma si è reso soltanto debitore di tentativo o di delit-

to mancato, il minacciante sarà debitore unicamente della pena dovuta all' uno o all' altro , per quelle medesime regole che abbiamo esposto parlando del mandato, sia che debba ritenersi come complice, o come correo .

V. — *Doni e promesse .*

I doni diversificano dalle promesse in questo, che i primi sono consegnati o pagati da chi commette ad un altro un delitto a colui che si incarica della di lui esecuzione, appena che questo ha annuito , o prima che egli abbia tentato o eseguito il delitto ; le seconde differiscono la consegna o il pagamento dopo il commesso delitto a un più breve o a un più lungo tempo; in queste ultime colui che ha accettato l'atroce e iniquo incarico , ha avuta fiducia nel committente, credendolo capace di mantenere la data parola .

È d' uopo per altro avvertire che, tanto i doni quanto le promesse, possono consistere in danaro , in mobili o immobili, ed anche nell'accordare un comodo qualunque, o nell' esone-

rare il commissionato da un debito e da un incomodo; per esempio se il committente in ricompensa promettesse di vendere al commissionato un fondo da questo ambito, o di usufruttuarlo per un dato tempo ; se lo stesso commissionato avesse un debito con il committente o fosse verso di lui tenuto ad una prestazione vitalizia, e dell' uno e dell' altra venisse liberato in premio del delitto che si incarica di eseguire , avremmo in questi casi le stesse giuridiche conseguenze che producono i doni e le promesse dirette.

Con tutto ciò , sebbene gli scrittori di diritto penale diano a questo modo di partecipazione al delitto altrui un posto separato e distinto, fa d' uopo convenire che una tale partecipazione è referibile al mandato *mercenario*, e che le regole ed i precetti che il mandato suddetto concernono sono applicabili alla materia in discorso . Infatti facilmente si scorge, che colui che con doni o promesse impegna un terzo ad eseguire un delitto per proprio conto, altro non è che un mandante, e colui che la commissione accetta altro non è

che un mandatario *prezzolato*; e noi non sapremmo immaginare in qual modo i doni e le promesse si potessero verificare indipendentemente dal mandato, non essendo escogitabile che l' uomo che provoca altri a commettere il delitto dando o promettendo ricompensa, possa farlo senza avere una spinta, un interesse personale, nel delitto che da altri deve eseguirsi.

Dopo questi rilievi a noi non resta che riportarci a quanto abbiamo detto sul mandato mercenario a pag. 74 vol. II. Avvertiamo peraltro, che quella promessa la quale a prima vista presenti la impossibilità dello adempimento per parte del promittente, siccome non è, nè può essere in modo alcuno efficace, così non sarebbe atta a stabilire in esso correatà o complicità; il delitto dovrebbe allora ritenersi come avvenuto per sola ed esclusiva volontà di colui che lo ha eseguito, il quale non poteva esservi indotto da una promessa che ben conosceva inattendibile, e che non poteva in lui suscitare veruna speranza. (*Vedi Roberti loc. cit. ove si riporta una decisio-*

ne della Corte di Cassazione di Francia del 29 Maggio 1807, citata da Dalloz nella sua giurisprudenza generale verb. complicité).

V. — *Macchinazioni ed artifizi colpevoli.*

Macchinare equivale nella nostra lingua ad *insidiare*, che è quanto dire a tessere e tramare inganni per trascinare taluno, talora anche senza che questo se ne avveda, a commettere un delitto; quindi *macchinare* o *usare artificj colpevoli*, il che suona lo stesso, rappresenta la idea di una volontà criminosa nella quale è necessariamente insito il dolo. Questo è principio tolto dalle leggi Romane, e consentito dalla ragion naturale. Infatti troviamo alla *leg. 1 § 2 ff. de dolo malo* le seguenti definizioni « *ivi* » *Dolum malum* » *Servius quidem ita definit,* » *machinationem quamdam* » *alterius decipiendi causa,* » *cum aliud agitur, et aliud* » *simulatur. Labeo . . . sic* » *definit dolum malum esse* » *omnem calliditatem, fallaci-* » *ciam, machinationem, ad*

» *circonveniendum*, *fallen-*
» *dum*, *decipiendum alterum*
» *adhibita*. *Labeonis defini-*
» *tio vera est.* »

Ora non sono infrequenti i casi, nei quali una raffinata malizia circonvenga talmente la mente altrui, da renderlo autore di un delitto, sia allucinandolo in modo da persuaderlo, che si dà ad azione lecita o indifferente, sia circonvenendolo mediante fallaci apparenze, col destare in esso passioni furenti capaci di farlo trascendere a fatti criminosi.

Le storie e le opere drammatiche ci danno esempj funestissimi di queste macchinazioni. Un Creonte che per regnare accresce gli odj fraterni dei nipoti, e li spinge a venire a singolare certame nel quale ambedue soccombono; un Jago che insinua nell' animo incolto, ma schietto, di Otello il furore della gelosia verso la innocente Desdemona, e non lo lascia fino a che non l' ha uccisa; un Piero de' Medici (personaggio fantastico inventato dal genio divino di Vittorio Alfieri, per mostrarci a quali eccessi la iniquità umana può spingersi per l'atroce bra-

ma di aver regno) che invia nella caverna avanti l'uno, poi l'altro fratello, perchè il primo sia vittima, l'altro il sacrificatore, persuadendo Diego di accedervi per risparmiare un delitto, e Garzia a soddisfare l'atroce comando del padre con l'uccidere l'amico; sono tutti esempj, per tralasciarne altri, di macchinazioni ed artificj colpevoli. Altri esempj di innocenti, che allucinati dalla callidità altrui, danno mano alla esecuzione del preparato delitto, possono facilmente immaginarsi, e vaglia per tutti quello di colui, che certo di non riuscire nel porgere alla designata vittima il nappo avvelenato, o non volendo azzardarsi a farlo direttamente, ricorre ad un servo persuadendolo esser quello liquore salutare, e questo, in buona fede credendolo, lo presenta al padrone che ne rimane avvelenato.

Le leggi Romane che, come abbiamo detto, danno alla macchinazione gli attributi del dolo malo, somministrano di questa un solo esempio nella *leg. 50 § ult. ff. de furtis*, ove si dice « *¶i* » *cum eo qui pan-*
» *num rubrum ostendit*, *fu-*

» *gavitque pecus, ut in fures*
 » *inciderit, si quidem dolo*
 » *malo fecit, furti actio est.* »

Ora è opinione di tutti i criminalisti (e chi oserebbe impugnarla?) che l'autore delle macchinazioni e degli artifizj colpevoli, il quale è stato causa morale, diretta, e principale del delitto da altri commesso, sia autore del delitto stesso, che non sarebbe stato commesso senza l'uso di quel suo iniquo e scellerato procedimento, e che la di lui responsabilità sia nel più grave modo constatata. Infatti, se colui che ha eseguito il delitto ha in buona fede proceduto, ed in esso non si trova volontà di delinquere, di niuna imputazione sarà debitore di fronte alla legge penale, ed il solo autore sarà colui che lo ha ingannato. Se al contrario il delitto è avvenuto sotto la influenza di passioni e di patemi dalla callidità altrui eccitati, la imputabilità dell'agente sarà menomata perché ha agito per dolo d'impeto; ma colui che, con freddo e pacato animo ha ordita la trama ed ha fatto due vittime, l'una nell'uomo che ha spinto al misfatto, l'altra in quegli che è

stato sacrificato, dovrà punirsi con tutta quanta la pena che la legge minaccia al delitto premeditato, nato cioè da dolo di proposito.

Qui potrebbe farsi la questione, se colui che mediante macchinazioni ed artifizj colpevoli abbia provocato altri a commettere dei delitti, che poi non sieno stati nè tentati nè consumati, perchè chi voleva ingannare siasi illuminato, o meglio avendo riflettuto siasi astenuto dall'agire, possa meritare punizione. Una tale questione trovasi sciolta nel medesimo modo che abbiamo di sopra indicato rapporto al mandato, al consiglio, alle minacce, ai doni. Se il legislatore, col lodevole scopo di prevenire i funesti effetti della perfidia ed iniquità dei macchinatori, avesse fatto della semplice macchinazione, che non abbia avuto esito un reato *sui generis*, meritamente dovrebbe costui sottostare alla pena sancita; ma se ciò non è, ricorrono qui le teorie da noi prima date sul tentativo, e poscia ripetute all'occasione che ci occupavamo di ognuno degli indicati modi, dalle quali si de-

sume, che le macchinazioni o non accolte, o che non hanno avuto esito, quale si riprometteva chi ne usava, non sono che atti preparatorii non imputabili neppure come tentativo, perchè di poco si scostano dalla nuda intenzione di delinquere, e non cominciano perciò la esecuzione dell'atto criminoso.

Correità per partecipazione morale e fisica.

Abbiamo per le premesse esaurita la prima categoria dei partecipanti al delitto altrui per causa morale diretta e principale, e così di tal natura da ritenerli come correi del delitto da altri eseguito. Passiamo adesso all'altra categoria di coloro che diconsi correi per partecipazione morale e fisica insieme.

Coloro che hanno insieme concertato un delitto, lo hanno risoluto nel loro comune interesse, e sono poi passati insieme ad eseguirlo, sono coautori o correi, e debbono ritenersi tutti come delinquenti principali. La loro responsabilità non si misura dal loro re-

spettivo operato, sicchè chi più ha agito nel delitto debba essere punito più dell'altro che ha meno agito. La loro associazione nell'opera criminosa li rende tutti solidali, tutti partecipi della medesima pena. Così colui che tiene la vittima mentre altri la uccide, colui che impedisce all'assalito di difendersi dall'aggressore, colui che sostiene la scala che facilita l'accesso ad altro nell'abitazione del derubato, colui che rompe la serratura, i muri ed i recinti, colui che ruba le cose appetite, colui che rimane in sentinella alla porta per impedire una sorpresa, coloro che arrestano i cavalli della vettura del viaggiatore per dar comodo ad altri di intimare ad esso la consegna dei suoi effetti, colui che aspetta con una carrozza a distanza della casa della femmina rapita i rapitori perchè possano agevolmente condurla ove loro piace; infine ancora coloro che nella consumazione del delitto senza nulla fare, e senza pronunziar parola alcuna prestano la loro presenza per far numero e spaventare i lesi, togliendo ad essi il coraggio di

resistere, sono tutti condelinquenti rispettivamente di omicidio, di furto, di crassazione, di ratto, e tutti meritano eguale punizione. In tutti questi casi ognuno scorge, dice il lodato Giuliani, una tale connessione fra l'azione del correo, e quella del reo principale, un tale aumento di audacia in questo per l'ajuto di quello, che la società non sarebbe bastantemente difesa, ove si usasse al correo una inopportuna indulgenza, e non gli si applicasse la pena del principale delinquente. Stanno a guarentire la verità di questa massima le leggi Romane, ed in specie la *leg. unic. Cod. de rapt. virgin.* concordante con la Nov. 70 dell'Imperator Leone.

Lo stesso deve dirsi di quei, che sebbene non intervenuti al concerto, essendone di poi informati, a quello avessero annuito, e avessero preso parte attiva volontaria nella esecuzione; l'associazione posteriore di costoro, e alla prava intenzione degli autori principali ed alla esecuzione del delitto, importa, per le già esposte ragioni, correità.

Ma a questa classe di autori

e condelinquenti di cui ci siamo fin qui occupati, un'altra deve aggiungersene, nella quale sono compresi coloro che o prima del delitto, o nel delitto, prestano o promettono al delinquente o delinquenti principali un ajuto diretto che sia stato causa determinante al delitto; il che significa che senza un tale ajuto il delitto medesimo non sarebbe stato commesso. Così per esempio coloro che mediante un segno concertato con i delinquenti principali danno loro notizia dell'assenza del padre di famiglia dalla casa per avere agio di derubarlo; il servo che consegna ai ladri la chiave di casa del padrone: colui che provvede di veleno il delinquente, che sa aver risoluto di uccidere il suo nemico, e che da altri non era riuscito precedentemente a procurarsi; colui che vedendo incerto ed irresoluto il ladro, perchè non sa come nascondere le cose furtive o esitarle, promette ad esso di riceverle e comprarle, vincendo così la di lui incertezza, sono tutti correi e condelinquenti per partecipazione fisico morale; mentre quantunque non sieno intervenuti nel-

l'azione criminosa, e non abbiano presa parte alcuna agli atti che la consumarono, hanno con il fatto loro direttamente e principalmente eccitato al delitto, perchè senza quel fatto questo non sarebbe avvenuto. Di tale opinione sono il Rossi ed il Roberti; dissente il Giuliani, il quale nella seconda edizione della dotta sua opera, diversamente da ciò che aveva nella prima opinato, nel fatto di colui che ha prestato aiuto al delitto paragonato con quello dell'autor principale, non trova tutti gli elementi giuridici necessari a stabilire la correità. Noi con piena convinzione di animo abbracciamo la opinione dei primi due scrittori, mentre sembraci, che colui che con il fatto proprio ha determinato l'autor principale a commettere il delitto, che non avrebbe per certo altrimenti commesso, deve esser posto alla pari del mandante, del consigliante per consiglio efficace ed istruttivo, come quello che è stato causa principale e diretta dell'altrui criminosa operazione.

Complicità.

Esaurita la materia relativa ai *correi*, passiamo adesso a parlare dei *complici*.

Abbiamo già detto esser complici o partecipanti accessori al delitto altrui coloro che hanno somministrato aiuto al delinquente in un modo indiretto e secondario, cosicchè anche senza il loro fatto il delitto sarebbe avvenuto.

Così, come osserva saviamente il Rossi (*loc. cit. liv. 2 chap. xxxix*) il complice provoca, ma per mezzo di una impulsione accessoria, la quale di per se stessa e sola non avrebbe prodotto l'effetto; aiuta, ma non con atti, i fatti costituenti l'azione criminosa, o indispensabili alla esecuzione di tale azione.

La complicità, come la correità, può verificarsi per partecipazione morale e per partecipazione fisica.

Coloro che avanti il delitto e nel delitto si limitano ad approvare ed incoraggiare l'autore principale; quei che somministrano a costui dei consigli, delle istruzioni, delle esortazioni tendenti a confermarlo

nel suo criminoso proposito, sono complici di partecipazione morale.

Coloro che scientemente somministrano, vendono, locano, armi, stromenti, o altri mezzi atti a servire alla esecuzione del delitto progettato, senza aver preso parte all'azione criminosa, ed a condizione che di quei mezzi il delinquente avrebbe potuto fare a meno, o avrebbe potuto altrove e da altri provvedersi; coloro che, senza prender parte ad una criminosa associazione, danno scientemente il locale ove l'associazione stessa si riunisce; coloro che ricettano gli oggetti e gli istrumenti del delitto, danno asilo ai malfattori o acquistano le cose al delitto pertinenti in virtù di una promessa anteriore al delitto, a condizione per altro che questa promessa non sia stata la causa determinante alla esecuzione del reato, sono tutti complici per partecipazione fisica.

A stabilire la complicità di quest'ultima specie abbisognano, per il consenso di tutti gli scrittori di diritto criminale, secondati dal disposto delle Romane leggi, i seguenti estremi;

1.º che le armi, stromenti e mezzi atti a servire alla esecuzione del reato sieno serviti o *direttamente o indirettamente* alla esecuzione stessa: *direttamente* quando sieno stati efficacemente adoprati, ed abbiano contribuito alla esecuzione suddetta; *indirettamente* quando di essi l'autor principale siasi servito per farsi forte nel delitto e per imporre a chi ne era subietto passivo;

2.º che colui che partecipa al delitto altrui avesse la scienza precedente al fatto e alla promessa che costituisce la complicità del delitto, che con il suo ajuto andava a compiersi; perocchè se le armi, gli istrumenti ed i mezzi somministrati fossero conosciuti affatto estranei al delitto, se mancasse al somministrante o al ricettatore di cose o persone, nel tempo della ricettazione la scienza del delitto per il quale prestavasi ajuto e favore, in questi casi mancherebbe ogni ragione di complicità, e l'ajuto ed il favore rimarrebbero di fronte alla giustizia impuniti, a meno che la legge della ricettazione con scienza posteriore al delitto non facesse, come vedremo

in appresso , un delitto sui generis .

Ed in quanto alla ricettazione con scienza precedente , è stata fatta questione , se il ricettante , che dopo commesso il delitto rifiuta di ricevere le cose e le persone che aveva promesso di porre in salvo , sia imputabile ; al che si risponde per l' affermativa , tanto nel caso in cui la promessa di ricettare sia stata causa determinante al delitto , e così costituisca correatà , quanto nell' altro che costituisca semplicemente ajuto o complicità . Ed inverò fino a che si dimostra che la detta promessa ha avuto una influenza diretta o indiretta nell' animo dell' agente principale , il successivo pentimento o rifiuto del promittente servirà a diminuire entro i limiti legali la pena dovutagli , ma giammai ad estinguere la imputazione , la quale tutta sta nella enunciata influenza , che a delitto consumato non può esser distrutta dal fatto posteriore della resipiscenza . Se poi la promessa di cui sopra sarà stata revocata ed annullata avanti che il delitto avvenisse , ogni imputabilità nel promit-

tente cesserà , sia per effetto del di lui pentimento , come per aver remosso con la revoca qualunque influenza , che sull' animo dell' autor principale avesse la promessa medesima prodotta .

Le leggi Romane punivano il complice alla pari dell' autor principale . Così prescrivono la legg. 51 ff. de reg. juris , 3 ff. ad leg. Cornel. de sicar. , 7 ff. ad leg. Pompej. de parric. Savie osservazioni in proposito di esse emettono il Carmignani ed il Giuliani , il primo col dire che le due ultime leggi che equiparano all'azione criminosa il conato , e talora anche gli atti preparatorj , che del conato non avevano gli estremi , non potevano come leggi speciali ed eccezionali esser di base ad una teoria comune a tutte le delinquenze ; ed il secondo col riflettere che la prima di dette leggi che unicamente parla del delitto di furto che era presso i Romani di azione privata , e che punivasi con la pena pecuniaria del duplo e del quadruplo , non può servire di norma agli altri delitti di pubblica azione , e minacciati di pene afflittive . Da

qui è che tutti gli scrittori di Diritto penale concordano nel dire che i complici, quelli cioè che prestano un aiuto indiretto e secondario ad un azione criminosa, debbono esser puniti con pena minore degli autori principali. La ragione universale e la ragione politica giustificano abbastanza questa premessa; la prima con il suggerire che la misura della repressione dipende sempre dal calcolo della influenza che il fatto del terzo ha avuto nell'animo dell'agente principale, e la seconda col prescrivere di non prodigare senza misura le punizioni onde evitare il caso facilmente contingibile delle assoluzioni; diciamo facilmente contingibile, perchè quando la coscienza umana ravvisa ingiustizia nel punire alla pari chi è stato l'autore principale e diretto del delitto, e quello che vi ha accessoriamente partecipato, alla ingiustizia stessa si sottrae con un'assoluzione.

Prima di passare a tener proposito di quel concorso e di quella partecipazione al delitto altrui, che la scienza chiama complicità posteriore al delitto,

sia positiva, sia negativa, dobbiamo dar compimento ai già esposti argomenti con alcune osservazioni generali, e con un riepilogo o conclusione.

Abbiamo diviso i partecipanti ad un delitto in due classi; quella cioè dei correi e quella dei complici; abbiamo detto quali sono i caratteri che costituiscono la correatà, quali sono quelli che formano la complicità. Abbiamo finalmente stabilito con un principio di diritto non impugnabile, che la responsabilità dei correi è uguale a quella degli autori principali, e che quella dei complici è inferiore. A tutto ciò fa d'uopo aggiungere alcune osservazioni.

1.^a Il conoscere e il decidere quale è il grado di partecipazione o principale o accessorio che taluno o taluni hanno avuto in un delitto, è questione mera di fatto, tutta dependente dalla convinzione morale dei giudici, e però esente da ogni censura. La legge può somministrare regole e criterj direttivi della coscienza dei magistrati, illuminando la loro mente, ma ciò non pertanto abbandona alla loro reli-

gione il giudizio che avranno pronunziato .

2.^a Può sovente avvenire che nella correatà, come nella complicità, si riscontrino nel fatto dei correi, come in quello dei complici, delle differenze che la umana giustizia può valutare, tanto in loro rispettivo aggravio, come in loro favore, ed allora è nella potestà de' giudici di infliggere ad essi diversi gradi di pena, entro i limiti per altro dalla legge penale stabiliti, secondo che sembrerà alla loro coscienza, che di fronte ai fatti constatati meritassero maggiore o minore punizione. (*Vedi Rossi, loc. cit. ; Roberti loc. cit.*)

3.^a Le teorie suddette in rapporto ai correi ed ai complici sono intimamente connesse con quelle della imputazione; non serve che a loro carico esista un fatto materiale, bisogna che sia preceduto dal concorso dell' intelletto, della volontà e della libertà di ciascun agente, perchè la responsabilità si comunichi a tutti quelli che al delitto han preso parte .

4.^a Quando il fatto criminoso è cominciato e non con-

sumato, o quando si è convertito in delitto mancato, i partecipanti al delitto, sia per partecipazione morale, sia per partecipazione fisica, sono tenuti come l' agente o agenti principali di tentativo, e rispettivamente di delitto mancato, e non di delitto consumato, e le regole ed i criterj relativi al carattere giuridico del tentativo sono comuni agli uni ed agli altri .

5.^a Le circostanze aggravanti o qualificanti dalle quali un delitto può essere accompagnato, nello stesso modo che altro delitto sorto nella esecuzione di quello già precedentemente deliberato, non possano esser poste a carico dei partecipanti direttamente o indirettamente all'azione criminosa, se non che quando sia provato che fossero precedentemente da loro conosciuti ed approvati, o dalla loro presenza autorizzati . Lo stesso deve dirsi delle circostanze personali a qualche correo o a qualche complice, le quali, meno i casi espressamente dalla legge eccettuati, non sono comunicabili a pregiudizio, nè a favore degli altri .

6.^a Sebbene ne' delitti fra più concertati per interesse e per utile comune, per le cose da noi superiormente osservate, ricorra correità, ciò non pertanto, se sarà provato che taluno fra i correi non sia con la propria persona intervenuto alla esecuzione del delitto, possono i giudici essere autorizzati a punire costui con la pena dei complici. Da questa regola per altro sono esclusi coloro che partecipano al delitto come causa morale, e tutti gli altri che per il loro fatto, e per le loro promesse sono stati causa determinante al delitto.

7.^a Nei delitti commessi per improvviso moto di animo o nel calore delle passioni istantanee, non esiste nè correità nè complicità, ognuno essendo tenuto del fatto proprio, salve le eccezioni dalla legge penale stabilite.

Ora parliamo della complicità *posteriore, positiva o negativa*.

Complicità posteriore.

Gli scrittori, in specie i più antichi, di diritto penale illusi

dal disposto di alcune leggi Romane, e soverchiamente zelanti della tutela sociale, hanno istituita la complicità posteriore, nata cioè a delitto consumato.

A questa complicità che, come abbiamo accennato, distinguevasi in positiva e negativa, appartengono, quanto alla positiva:

1.^a coloro che dopo il delitto, e senza scienza precedente di esso, hanno approvato il fatto del delinquente, dandogli il loro consenso o elogiandolo:

2.^o coloro che ugualmente dopo il delitto, e senza avere avuta precedente cognizione del medesimo, hanno ratificato quanto il delinquente ha operato senza loro saputa:

3.^o coloro che dopo il delitto, e senza alcuna precedente scienza di esso, hanno profittato dei lucri e dei comodi nati dal delitto:

4.^o coloro che dopo il delitto, e con scienza posteriore del medesimo ricettano i delinquenti, o nascondono ed occultano gli istrumenti, o le cose relative al delitto.

Appartengono alla negativa;

1.^o coloro che avuta scienza

za di una risoluzione , o di un concerto criminoso , potendo impedirne la esecuzione o denunziandolo all' autorità , o in altro qualunque modo non fanno ciò , e lasciano eseguire il delitto .

2.º coloro che trovandosi presenti alla consumazione del delitto , potendo con la loro opera impedirlo, o renderne meno grave il risultato , se ne stanno inoperosi .

Parliamo della prima classe . Avanti per altro di entrare in materia, dobbiamo dichiarare, che quanto saremo per dire sulla suddetta prima classe riguarda soltanto coloro , come abbiamo premesso , che compariscono in scena a delitto perfezionato e consumato , del quale non avevano precedente scienza o notizia; che se la cosa avvenisse altrimenti , le lodi, la ratifica , il ricevuto lucro e comodo , la ricettazione delle persone e delle cose costituirebbero o correità o complicità secondo le teorie già dette; mentre, o sarebbero state causa determinante al delitto , o avrebbero influito nell' animo dell' autore principale a fortificarlo e confermarlo nel

proposito di delinquere . Adesso entriamo in materia .

* Vogliono alcuni fra gli antichi interpreti rintracciare la massima responsabilità di colui che loda e approva il fatto criminoso del delinquente nel diritto Romano, ed in specie nella legge 1 § 4 *de serv. corrupt.* , ove Ulpiano così si esprime « ivi » *Et verius est » etiamsi malo (servo) mon- » straverit in quem modum » delinquerit teneri eum ; » imo etsi erat servus omni- » modo fugiturus , vel fur- » tum facturus , hic vero » laudator hujus propositi » extitit tenetur , non enim » oportet, laudando , augeri » malitiam; sive ergo bonum » servum fuerit , sive malum » fecerit deteriorem, corru- » pisse videtur » . Ma da tutto il contesto di questa legge chiarissimo ed intuitivo risulta il concetto del giureconsulto, il quale non si riferì ad un delitto già consumato , ma ad un delitto da commettersi , il cui proposito è stato lodato ed approvato da un terzo; poichè con tal lode ed approvazione abbia contribuito a fortificare nella mente dell'autore la scel-*

lerata intenzione, non ad un delitto già commesso, di cui l'approvatore e laudatore non abbia avuta precedente notizia; questa intelligenza, da darsi alla legge che sopra, coartano le parole *omnimodo fugiturus vel furtum factururus*, e le altre *laudator hujus propositi* che contemplano lodi antecedenti al delitto, e si riferiscono ad un'azione pensata e risolta, ma non eseguita.

A giustificare con maggior fondamento la complicità e per conseguenza la punibilità di coloro che ratificano l'operato del delinquente, si citano i due testi di Ulpiano il primo nella *leg. 152 ff. de reg. juris*, che così dice « *ivi* » *dejecit et qui* » *mandat; in maleficio rati-* » *habito mandato aequipa-* » *ratur*; ed il secondo nella *leg. 1 § 14 ff. de vi et vi armat.* » *ivi* » *sed et si quod alius* » *dejecit ratum habuero*, » *sunt qui putant* » *me videri dejecisse, inter-* » *dictoque isto teneri, et ve-* » *rum est; rectius enim di-* » *citur in maleficio ratiha-* » *bitionem mandato compa-* » *rari* ».

Ora che la ratifica equival-

ga al mandato nei contratti ed altri civili dipendenze niun dubbio; si finge che il ratificante abbia prestato il suo assenso al fatto di un terzo fino da quando questo ha a nome dello stesso ratificante agito. Ma tale finzione avverte saviamente il Prof. Giuliani (loc. cit.) e avanti di lui il Carmignani, il Rossi e l'Anton Matteo, potrà aver luogo, quando si tratti di addossare ad un individuo la responsabilità di subire una pena per un delitto cui minimamente ha cooperato, e che era gli ignoto quando fu commesso? Oltre a ciò avverte il De Simoni (*oper. cit. part. 2 cap. 5 § 7*) che i due responsi di Ulpiano sono tolti da quanto egli aveva scritto *ad edictum*, ed hanno relazione all'interdetto pretorio *de vi armata* che dava l'azione pecuniaria a chi era stato violentemente scacciato dal proprio fondo onde recuprarne il possesso, i mobili, i frutti, ed essere indennizzato. A tal che è chiaro che siamo in materia meramente civile e non penale.

Rapporto alla terza e quarta categoria di questa prima classe, le leggi Romane che pu-

niscano quei che ricevono lucro dal delitto altrui, e gli altri che ricettano i delinquenti e le cose relative al delitto, sono molte, e a noi basti lo allegarle senza citarne le precise disposizioni. Sono quindi da riscontrarsi *le legg. 1 ff. de recept. § 12 ff. ad S.C. Silanian. 3 ff. de incend. ruin. naufrag. 9 cod. ad leg. Juliam de vi pub. unic. cod. de crimin. peccul. ultim. ff. de abig. 13 ff. de offic. praesid. e 40 ff. de poenis*. Non vi ha dubbio alcuno sulla intelligenza di queste leggi per il lato della imputabilità dei notati individui, se non che gli interpreti hanno trovato in esse una certa contraddizione nella misura della punizione, alcune determinando una pena eguale a quella dell'autor principale, altre una punizione straordinaria e così più mite, contraddizione sapientemente eliminata dall'Anton Matteo, il quale dimostra che la parità della pena riguarda quei che a delitto non commesso hanno promessa la cooperazione, e la pena minore gli altri che hanno lucrato o ricettato dopo il delitto, inscienti di esso avanti che si commettesse.

Ora che abbiamo veduto tutto ciò che sulla indicata prima classe disponevano le leggi Romane, passiamo a dire quali sono le teorie che la moderna scienza penale ha stabilito in rapporto a questa pretesa complicità nel delitto, posteriore alla consumazione del medesimo.

Terremo dietro a scanso di molteplici citazioni all'autorità del Rossi, con la quale perfettamente consuevano il Carmignani, il Poggi, l'Anton Matteo, il Roberti, il Nani, il De Simoni e il Giuliani nelle rispettive opere tante volte citate.

Ora il Rossi dice « *Un fait*
» *quelconque postérieur au dé-*
» *lit ne peut être, ni un fait de*
» *co-délinquant, ni un fait de*
» *complicité; il y aurait con-*
» *tradiction manifeste dans*
» *les termes; il est impossi-*
» *ble de coopérer ou de pren-*
» *dre une partie quelconque a*
» *un acte déjà consommé.*
» *S' il y a délit dans le fait*
» *postérieur, ce ne peut être*
» *qu' un délit spécial: l' opi-*
» *nion contraire est une er-*
» *reur grave.* »

Certo, soggiunge egli, l'uomo che loda ed approva il de-

litto da altri commesso, che partecipa al lucro da altri fatto, che ratifica l'operato dei delinquenti, che soccorre questi dandoloro asilo e scampo, o nascondendo gli oggetti relativi al delitto, meriterà nome di immorale ed iniquo; ma l'Onnipotente stesso non saprebbe farlo cooperare oggi a quanto fu fatto jeri; turpe, riprovevole è la sua condotta, ma non si potrà mai asserire senza rinunciare al senso comune, che quanto esso ha fatto abbia minimamente contribuito all'risoluzione o alla esecuzione di un delitto consumato, quando colui che lo lodava, lo ratificava, ne traeva profitto, o ne nascondeva gli autori e gli oggetti che avevano servito a commetterlo, era nella ignoranza del delitto medesimo, e gli autori di esso non conoscevano le di lui intenzioni. D'altronde ammettiamo anche che tali fatti possano fino ad un certo segno provare che chi gli aveva eseguiti, desiderasse il delitto commesso a sua insaputa; ma chi può assicurarci che se si fosse trovato in presenza dell'azione criminosa avrebbe persistito nel suo desiderio? Si

può approvare un fatto consumato ed ormai irrevocabile, si può di esso profittare, e frattanto è fra i possibili che trovandovisi presente avesse colui che approvava poi il delitto, e ne profittava, dato indietro al momento della consumazione.

Dal già esposto emerge adunque che complicità alcuna non può giuridicamente darsi nel fatto di colui che dopo il delitto, e senza averne avuta precedente cognizione, approva, loda e ratifica, profitta del delitto, o nasconde, o sottrae i delinquenti, gli oggetti serviti al delitto, o che sono stati il prodotto di esse. Di tutti questi fatti per altro può il Legislatore formare un delitto *sui generis*, non referibile a correatà o a complicità; e con buona ragione potrebbe, e diremmo anche dovrebbe farlo, dappoichè la lode, l'approvazione e la ratifica, oltre ad esser fatti eminentemente condannati dalla morale, tendono anche al perversimento dei cittadini, spargono allarme nella società, sicchè giustamente dovrà sottostare ad una pena colui che se ne è reso reo, perchè in es-

si ricorre necessità politica di una sociale tutela .

Ma se con giustizia noi crediamo , che dei notati fatti si possa formare uno speciale delitto , a maggior ragione poi dovrà dal fatto del lucro tratto dal delitto , e dall' altro della occultazione dei delinquenti , degli istrumenti , ed oggetti che hanno servito al delitto , o che sono stati il prodotto di esso , crearsi una speciale delinquenza , perchè in tali fatti , oltre alla morale violata , oltre all' allarme che nella società producono , si unisce un tacito eccitamento al delitto , il danno evidente dei lesi , e il grave pregiudizio che ne risente la giustizia pubblica . Del tacito eccitamento ne somministra la prova la pubblica opinione basata sulla esperienza , mentre ognun sa che , senza la certezza o la massima probabilità della ricettazione , i delinquenti difficilmente si indurrebbero a commettere il delitto ; dal che nasce , onde toglier questo fomite , la necessità di punire i ricettatori . Il danno dei lesi risulta dal dividersi in più mani il prodotto del reato , sia per i doni fatti per assicurarsi il segreto ,

sia per le compre dolose , sia col nascondere gli oggetti pervenuti in mano dei rei ; il danno della pubblica giustizia è evidente nel nascondere le persone dei delinquenti , nel trafugare gli oggetti che potevano portar prova del delitto e del suo autore ; noi leggiamo infatti nella *Leg. 1 ff. de recept.* un responso di Marciano che dice « ivi » *pessimum genus receptatorum, sine quibus nemo latere dici potest.* » Ed in alcune fra le antiche e moderne legislazioni troviamo elevato a delitto il fatto dei ricettatori .

Vero è per altro che tutti gli scrittori di diritto penale hanno eccettuato dalle penali sanzioni dovute giustamente ai ricettatori coloro , che , per vincoli di sangue o di affinità , avessero dato mano alla occultazione dei delinquenti o degli oggetti sopra indicati . Costoro infatti agiscono non per turpe lucro o per doli fini , ma per affezione , per interesse , per attaccamento al delinquente , dando mano a salvarlo dalle persecuzioni legittime della giustizia , o a togliere a questa argomenti concludenti a convin-

cerlo autore del reato. « *Quindi, dice saviamente il Giuliani, il padre ricettatore del figlio, e viceversa, la moglie ricettatrice del marito, il fratello del fratello, il consanguineo, e l'affine in grado non remoto, andranno impuniti per la ricettazione, eccetto che fossero per altri atti di natura diversa complici dei delitti di cui trattasi. Un saggio legislatore ben sa che tutto l'edificio sociale poggi quasi intieramente sulla morale; egli non deve mai oltraggiare i sentimenti di amore ispirati dalla natura; altrimenti facendo, per un male inteso zelo di difesa, urterebbe improvvisamente le basi della sociabilità* ». L'egregio autore nelle ora riportate parole sembra che parli soltanto di ricettazione di persone e non delle cose: ma sarebbe un fare troppo grave onta al di lui senno il prestargli questo concetto: la ricettazione commettersi e sulle persone, e sulle cose; ed il riflesso politico e morale che sottrae i congiunti da ogni penale responsabilità, quando

per sola affezione, e con lo scopo di salvare il congiunto ricettano le une e le altre, non può ammettersi nelle prime, e rigettarsi nelle seconde, senza rinunciare al buon senso.

Parliamo adesso della complicità posteriore negativa. Abbiamo già detto in che essa consiste.

Quelli scrittori di diritto penale che sostengono esistere complicità nel delitto da altri commesso in coloro che avevano precedente notizia dell'iniquo proposito, e potendo non lo hanno impedito, sia denunziandolo alla pubblica autorità, sia in qualunque altro efficace modo, o che presenti al delitto stesso avrebbero potuto frastornarlo o renderlo meno grave, e che ciò non pertanto ne sono stati neghittosi spettatori, si fanno forti del disposto delle *legg. 50 e 109 ff. de regul. juris* ambedue del Giureconsulto Paolo, la prima delle quali stabilisce « *ivi* » » *Culpa caret qui scit, sed prohibere non potest*; e la seconda è concepita nei seguenti termini « *ivi* » *Nullum crimen patitur qui non prohibet, cum prohibere non po-*

» test. » Da queste due leggi argomentando *a contrariosensu* si è voluto dedurre, che chiunque può impedire un delitto e non lo impedisce, è responsabile del delitto stesso. Ma ognun sente quanto debole sia l'argomento, e quanto riesce forzato ed ingiusto se da una responsabilità, se vuoi si civile, perchè ambedue le leggi regolano materie civili, si pretende portare ad una responsabilità penale.

Ma altri testi delle leggi Romane assai più chiari sono un più forte sostegno dei rammentati scrittori, ed in specie le *legg. 9 ff. ad leg. Cornel. de falsis*; 2. ff. *ad leg. Pomp. de parricid.*; *unic. Cod. de rapt. virgin.*; le quali danno una pena straordinaria, e così più mite, a coloro che potendo impedire la falsa moneta, il parricidio, il ratto ec. se ne astengono. Alcuni si sono fondati sulla celebre *leg. quisquis Cod. ad leg. Jul. majest.* facendosi seguaci delle dottrine del Bartolo, che opinava comprendere quella tremenda legge nelle sue sanzioni anche coloro che non avessero rivelato, median- te denuncia alla pubblica au-

torità, il delitto di lesa maestà che sapevano doversi commettere. Ma dopo l'amara censura che il Baldo ha pronunziata sulla dottrina del suo maestro, fino a crederlo condannato al fuoco eterno per averla emessa e propagata, e dopo la confutazione che ne ha fatta in termini savii e moderati l'Anton Matteo, (*op. cit. de laes. majest. tit. 2 n. 23*) la dottrina suddetta è stata del tutto abbandonata.

Ma chechè abbiano stabilito le leggi Romane nelle sole contingenze dei primi sopra notati delitti, certo è che niuno degli scrittori di scienza penale di qualche fama ha adottate quelle disposizioni, nè come regola generale, nè come eccezione. È indubitato che le leggi della morale, mentre prescrivono all'uomo il debito di correre in soccorso dei suoi simili, per impedire la esecuzione delle scellerate risoluzioni altrui, o per prestare aiuto alla designata vittima, riconoscono in chi manca a tal dovere un tacito assentimento al reato. Cicerone (*De offic. lib. I cap. 7*) ci insegna « *Injustitiae duo genera sunt; unum eorum*

» *qui inferunt, alium eorum,*
 » *qui ab his quibus infertur,*
 » *si possent, non propulsant*
 » *iniuriam. Qui autem non*
 » *defendit, non obstitit, si po-*
 » *test, injuriae, tam est in vi-*
 » *tio, quam si parentes aut*
 » *amicos aut patriam dese-*
 » *rat.* »

Ma da altri principj è guidata la legge penale ; consultando l' andamento delle cose umane e la esperienza, facilmente si scorge, che gli atti negativi, non sono un retto e giusto argomento di adesione al fatto altrui . Colui che si astiene dall' impedire il delitto può essere guidato da naturale inerzia, o incuranza , da timore di compromettersi , da un pericolo o vero o probabile di entrare in lotta col delinquente, ed esporsi al di lui personale risentimento , da repugnanza all' odioso e spregiabile assunto del delatore , ed in ognuno di questi casi manca ogni estremo di complicità ; e, ammesso per ipotesi, che talvolta l' atto negativo dimostri volontà consenziente al delitto, rimarrà sempre ignoto, o almeno difficilissimo a constatar-si, se abbia avuto influenza nel-

l' azione criminosa. In una parola non si potrà giammai sostenere che l' inazione o il silenzio ajutino o provochino la esecuzione del delitto , quando nella maggior parte dei casi possono nascere da tutt' altra causa, che da quella di associarsi al pensiero criminoso altrui, o al desiderio di vederlo eseguire .

Una sola eccezione alla non responsabilità penale degli atti negativi ricorre, quando la qualità delle persone vieta l' inazione ed il silenzio, e le obbliga al contrario ad usare tutta la loro attività, vigilanza , ed autorità. Ciò si verifica nel caso del padre verso i figli, dell' educatore di fronte agli educandi, del padrone di faccia ai servi, del magistrato sui suoi subordinati. Costoro, se potevano impedire il delitto, e non lo hanno fatto, hanno mancato al loro dovere, e sono tenuti o per colpa o per dolo del delitto altrui . Per colpa i genitori , gli educatori , ed i padroni ; per dolo i magistrati perchè dalla legge destinati a prevenire i delitti , se avessero avuto in loro potere i mezzi opportuni per impedirli , e non lo aves-

sero fatto, darebbero riprova di turpe connivenza con i delinquenti, e sarebbero debitori di grave mancanza in ufizio. (*Vedi la nostra legge patria del 30 Novembre 1786 art. 64*) Fa d'uopo per altro che alla punizione dei notati individui provveda specialmente la legge, creando del loro silenzio un delitto speciale, mentre, per le cose fin qui dette, le teorie ge-

nerali della scienza si ricusano dal ritenere in essi qualunque grado di imputabilità per complicità nei delitti altrui.

Esaurita, di fronte alla scienza penale ed alle leggi Romane, la materia a cui ci richiama la rubrica del titolo in esame, passiamo adesso alle disposizioni singole che in esso si trovano.

ART. 49. — È autore del delitto

a) chiunque lo ha eseguito , od ha cooperato direttamente alla sua esecuzione ; e

b) chiunque per via di mandato , di minacce , di ricompense date o promesse , d' abuso di autorità o di potere, o in altro modo, è stato causa del delitto, dolosamente instigando l'agente a formare la risoluzione di commetterlo .

*Disposto dei Codici
Francesi ed Italiani .*

Avanti di assumere la giuridica analisi di questo interessantissimo articolo, crediamo opportuno di esporre sotto quali diversi aspetti i Codici Francese ed Italiani abbiano ravvisato la correttezza e la complicità, e come il codice nostro le abbia determinate.

Il Codice Francese agli articoli 59, 60, 64 e 62 equipara i complici agli autori principali del delitto, e senza minimamente occuparsi della influenza maggiore o minore che nel fatto dell'autore, o autori principali, possono aver avuta coloro, che come causa morale o

come causa fisica hanno partecipato, o sono concorsi nel delitto da altri commesso, li punisce alla pari, cioè con la medesima pena ; ed andando anche più oltre, segna in alcuni casi, come vedremo, la medesima punizione, anche a quella che sotto l'antico diritto chiamavasi complicità posteriore . Queste prescrizioni hanno giustamente meritata la censura di tutti i migliori scrittori della scienza . I Codici Italiani ed il Codice nostro si sono ben guardati dal cadere in tali esagerazioni, che ledono i principii di giustizia universale , e portano grave discredito ad una legislazione proveniente da una nazione civile .

Infatti il Codice Gregoriano all' art. 14, il Napoletano agli articoli 73, 74 e 75, il Sardo agli articoli 107, 108 e 109, ed il Parmense agli articoli 82, 83 e 84, distinguono i concorrenti o i partecipanti ad un delitto in correi e complici, con questa differenza; che il Napoletano pone nella classe dei correi gli autori principali del reato, ed in quella dei complici tutti coloro che sono stati causa morale o fisica del delitto altrui, dividendoli in due categorie, cioè complici di primo e secondo grado. A quelli di primo dà la medesima responsabilità che agli autori principali, a quelli di secondo ne assegna una minore. Gli altri Codici poi pongono nella categoria dei correi tutti coloro che sono stata causa diretta morale o fisica del delitto, e fra i complici quei che vi hanno avuto indirettamente parte; ma siccome in rapporto alla responsabilità sono perfettamente concordi, così la differenza nella classazione riesce puramente nominale.

Principii adottati dal Codice nostro.

Il Codice nostro per altro ha tenuto su questa importante materia un'altra nomenclatura ed un'altra classazione, senza allontanarsi nella sostanza dalle regole prescritte in quanto alla imputazione.

Infatti ha chiamato autori, non solo quelli che hanno eseguito il delitto, o cooperato direttamente alla sua esecuzione, ma anche coloro che sono stati causa morale diretta del delitto altrui, mediante istigazione. Ha dunque posto alla pari e gli autori per causa fisica mediante esecuzione o cooperazione diretta, e gli istigatori. Questa è la prima classe che porta correatà e condelinquenza. Nella seconda classe dei partecipanti allo stesso delitto, ha posto gli ausiliatori, quelli cioè, che senza aver preso parte diretta al delitto, hanno indirettamente favorito, aiutato, facilitato per mezzi fisici o morali gli autori principali, sia nel risolverli al delitto, sia con agevolarne la esecuzione.

Pone, è vero, il Codice nostro

un' altra classe di delinquenti, che chiama *fautori del delitto altrui*: ma avendo questa classe relazione a quella complicità, che molto impropriamente i pratici chiamavano *posteriore*, ne terremo proposito negli articoli successivi, quando il Codice ci richiederà a parlarne.

Dal fin qui detto possiamo concludere; che meno la differenza nelle parole, i Codici Italiani ed il nostro Codice, nel classare la imputabilità che passa fra i correi ed i complici, hanno rigettato i principj fissati dal Codice Francese, e si sono uniformati alla teorie della scienza delle quali abbiamo lungamente parlato a pag. 67 v. II. Lo stesso deve dirsi della nostra pratica giurisprudenza, la quale, nel silenzio quasi assoluto delle nostre leggi patrie sulla correatà e sulla complicità, aveva pienamente adottate quelle teorie di diritto. (*Vedi Cerretelli op. cit. verb. complicità, consiglio, mandato*).

Veniamo adesso all' articolo in esame.

Osservazioni sull' articolo.

La lettera *a* chiama autore

del delitto chiunque lo ha eseguito, o ha cooperato direttamente alla sua esecuzione. — Non è a dubitare che tali parole comprendano coloro che hanno fisicamente agito nella esecuzione del delitto. Ma il legislatore sembra che indichi due classi di agenti, chiunque ha eseguito il delitto, e chiunque ha cooperato direttamente alla sua esecuzione. Questa distinzione contiene una ridondanza di parola, o indica in un modo positivo le diverse funzioni alle quali gli agenti si sono dati nella esecuzione del delitto?

Il già lodato autore della *Teorica del Codice Penale a pag. 77* ci spiega la differenza che passa fra le due classi indicate. Nel linguaggio forense, egli dice, il vocabolo *autore* designa non solo il principale esecutore del fatto, ma anche colui che ha direttamente cooperato alla sua esecuzione. Da ciò emergerebbe che nella prima sede sarebbero compresi l' autore o autori principali del fatto, quelli cioè che in esso hanno preso la parte più importante o precipua, e nella seconda coloro che con diretta

cooperazione hanno dato mano con atti meno importanti , ma tendenti necessariamente al medesimo scopo, alla esecuzione del delitto. Ed una tale classazione consuona con l' andamento naturale ed ordinario delle cose e con la esperienza , mentre è ben facile il verificarsi nella esecuzione di un delitto concertato fra più, che alcuni eseguiscano insieme l' azione delittuosa nelle sue parti le più importanti e principali , e altri cooperino, coadiuvino nell' azione stessa i primi ; noi a pag. 104 vol II., abbiamo somministrato varj esempj di tal cooperazione, e senza ripeterli vi rimandiamo il lettore .

Dunque dalle già citate parole si ha, che coloro che hanno cooperato alla esecuzione del delitto insieme con gli autori principali, debbono considerarsi essi pure come autori del delitto medesimo ; il che per implicito necessario vuol dire, che gli uni e gli altri dalla legge penale sono trattati alla pari .

Ma perchè ciò con giustizia proceda, conviene che ricorra, quanto ai secondi, la cooperazione diretta alla esecuzione

del delitto, il che significa, come abbiamo già veduto , che l' azione del cooperante sia connessa con quella dell'autore principale, materialmente converga al medesimo scopo , ed il fatto dei singoli, più o meno importante che egli sia , abbia condotto alla esecuzione del delitto .

Però in questi operatori , che col loro fatto materiale concorrono chi più, chi meno a coadiuvare gli agenti principali nella esecuzione del delitto, deve esistere la scienza precedente dello scopo cui l' opera loro è diretta ; colui che dagli autori principali fosse richiesto per esempio di portare una scala sul luogo, ove essi meditavano di commettere il furto , e l' avesse portata , ignorando l' uso che voleva farse ne ; colui che illuso dagli artifizii dei delinquenti fosse stato posto a guardia degli agenti principali, credendo altra cosa da quella che era ; in una parola colui che senza dolo, senza la prava intenzione di cooperare al delitto , ha al medesimo prestata materialmente la sua opera, sarà da ogni responsabilità immune .

Concludendo in questa prima categoria di delinquenti che sono causa fisica del delitto, il Codice nostro pienamente concorda con i principj adottati dalla scienza, con i Codici penali sopra citati, con le nostre precedenti consuetudini giudiziali. Si chiamino costoro correi, o, come il Codice vuole, autori o coautori la conseguenza è la stessa.

Passiamo adesso alla seconda categoria di cui parla la lettera **b** dell' articolo in esame. Essa comprende tutti coloro che sono stati causa morale del delitto altrui, *dolosamente instigando l' agente* (cioè autore fisico) *a formare la risoluzione di commetterlo*.

La legge qui procede dimostrativamente enumerando alcuni fra i modi per i quali si può esser causa morale del delitto altrui, cioè il mandato, le minacce, le ricompense date o promesse, l' abuso di autorità o potere; quindi con la frase generale *o in altro modo* abbraccia tutti i possibili casi non rammentati, mediante i quali si ritiene come autore del delitto colui che è stato causa di esso, *dolosamente instigando*

l' agente a formare la risoluzione di commetterlo. La essenza dunque di questa disposizione sta tutta nelle ultime parole da noi nuovamente trascritte.

Da ciò consegue, che il Codice nostro fa consistere la causa morale del delitto da altri commesso nella *dolosa istigazione*, dando il nome generico di *istigatori* a coloro che di questa sono rei, e di *istigati* a coloro che dietro la influenza dei primi han commesso il delitto.

Il Codice nostro nelle disposizioni delle quali ci occupiamo, in gran parte si è uniformato a quanto in proposito prescrivono i Codici Napoletano (art. 71), Sardo (art. 107), e Parmense (art. 82); se non che questi Codici invece di servirsi di una espressione generale, che nel nostro costituisce la essenza della disposizione, hanno proceduto indicando ad uno ad uno i modi, che di fronte alla scienza costituiscono la causa morale del delitto altrui, ed a quelli dal Codice nostro dimostrativamente indicati hanno aggiunto le macchinazioni e gli artifizii colpevoli, ritenen-

do sempre, ed in ogni caso, che ognuno dei rammentati mezzi abbia determinato l' agente principale a delinquere. Il Codice Napoletano più preciso, pone fra i mezzi previsti, anche le istruzioni somministrate per commettere il delitto, il che specialmente comprende il consiglio speciale ed efficace del quale gli altri non fanno espressa menzione. Con tutto ciò sembra a noi che tutte le suddette disposizioni racchiudano l' identico concetto, contenendo in se stesse tutti i modi di cui può servirsi dolosamente colui che vuole indurre altri a commettere un delitto, e che riesce nelle sue inique istigazioni.

Abbiamo già esposto, nelle nostre osservazioni sulla rubrica di questo titolo, ciò che la scienza insegna in rapporto a ciascuno degli indicati modi, referendo la loro indole e natura giuridica, ed indicando gli estremi necessarj a constatarli. Il Codice di ciò non si è occupato, e in questo ha seguito le tracce dei Codici da noi sopra citati; si è rimesso dunque ai precetti della scienza, che abbiamo esposti a pag. 106 vol. II, e sui quali ci li-

miteremo a dire quasi a modo di epilogo:

1.º che le disposizioni di questo articolo lett. **b**, nelle quali si parla di chi è causa morale del delitto altrui, comprendono i delitti consumati, quelli cioè ai quali l' istigato ha data esecuzione completa;

2.º che là ove questo avesse dato cominciamento all' azione criminosa, ma non l' avesse compita, là dove si fosse verificato il delitto mancato, sono applicabili alla causa morale quelle teorie, quei precetti, che il Codice e la scienza stabiliscono in rapporto al tentativo e al delitto mancato, dei quali abbiamo parlato lungamente nel nostro commento al titolo IV del Codice; e siccome l' articolo in esame ritiene autore del delitto tanto chi fu causa morale, quanto chi ne fu causa fisica, così quei precetti, equiparando l' uno e l' altro autore, vogliono che ambedue sieno trattati alla pari, tanto nel tentativo che nel delitto mancato:

3.º che il nostro Codice non essendosi minimamente occupato dell' eccesso avvenuto nel delitto per opera dello

istigato, tutto ciò che è relativo a tale eccesso rimarrà sottoposto alle teorie di diritto, e a quelle fissate dall' antica giurisprudenza, per noi esposte a pag. 80 vol. II.

4.° Finalmente che l' influenza che l' istigatore ha avuto sull' animo dell' istigato, sia informata in primo luogo da dolo e da prava intenzione, ciò espressamente volendo la

legge con le parole *dolosamente istigando*, ed in secondo luogo che abbia talmente influito nell' animo dello istigato da determinarlo a commettere l' azione criminosa ; il che vuol dire che una tale influenza abbia avuta di per se sola efficacia , escluso il concorso di qualunque altra causa personale all' istigato stesso .

ART. 50. — Se l'istigato ha commesso il delitto anche per motivi proprj, non eccitati dall'istigatore, la pena di questo può discendere fino a quella d'un ausiliatore.

Osservazioni sull' articolo.

Le espressioni finali con le quali noi chiudevamo il nostro commento all' articolo precedente, influiscono grandemente sulla giuridica intelligenza di questo.

Infatti la legge contempla il caso dello istigato, che nel commettere il delitto, ai motivi suggeritigli dallo istigatore, abbia aggiunto motivi suoi proprj. Questo caso non è una eccezione alla regola precedentemente posta, ma è una spiegazione del vero concetto che ha avuto il legislatore, il quale nel ritenere lo istigatore al medesimo livello dell' autore principale nel delitto, ha voluto che la istigazione abbia influito nell'animo dello istigato, come causa diretta del delitto; che se quest' ultimo al delitto medesimo era spinto per altri motivi, oltre quelli suggeriti-

gli, è d' uopo convenire, che la istigazione non era stata la causa diretta ed efficiente del delitto, ma con essa ne era concorsa altra allo istigatore non imputabile. Ed in questo ultimo caso il Codice nostro, uniformandosi ai precetti della scienza, autorizza i giudici a considerare nello istigatore, piuttosto un ausiliatore, che un coautore del delitto, e così ad infliggerli una pena minore.

Vero è per altro che il Codice in questa sua disposizione non procede in un modo positivo, ma rimette intieramente all' arbitrio del giudice il passaggio dall' uno all' altro grado di punizione. — Questo potere dato ai Tribunali, lede in qualche parte le massime di diritto che abbiamo esposte, mentre ritenuto che all' impulso dato dall' istigatore siasi unito quello che personalmente sentiva l' istigato, non a-

vremmo più nella istigazione la causa sola ed unica produttrice del delitto, ma avremmo una concausa, che fa prendere alla istigazione stessa un aspetto secondario e non principale; ed è per questi riflessi che la legge penale avrebbe dovuto

non permettere, ma comandare . È da sperarsi però che i giudici si serviranno di tale arbitrio, senza dipartirsi dai canoni che la scienza detta , per distinguere la causa morale diretta dalla indiretta .

ART. 51. — Quando la legge non prescrive una pena assolutamente determinata , i coautori possono esser colpiti, entro i limiti legali, da un grado diverso di pena , secondo la misura del rispettivo operato .

Osservazioni sull' articolo.

L' articolo sopra trascritto è una limitazione al precedente articolo 49. Abbiamo veduto che questo nelle lettere *a* e *b* considera e ritiene come autori del delitto tanto coloro che lo hanno eseguito , quanto coloro i quali ne sono stati causa, dolosamente istigando l' agente a formare la risoluzione di commetterlo . Abbiamo del pari veduto, che tutti costoro essendo considerati come coautori del delitto stesso (così li chiama l' articolo in esame) sono tutti per regola generale tenuti alla stessa pena , sono tutti alla pari imputabili . Ora l' articolo che commentiamo *permette* di punire, con un grado diverso di pena, tutti costoro secondo la misura del rispettivo loro operato.

Abbiamo detto *permette*, in quanto che il legislatore con la

parola *possono* pone nel prudente arbitrio dei giudici il punire diversamente i coautori suddetti, proporzionando la pena secondo il loro rispettivo operato ; così coloro che nella esecuzione del delitto avranno agito meno, o si saranno comportati con misura e moderazione , potranno dalla equità del giudice essere repressi con minor rigore degli altri . In questo caso l' arbitrio del giudice è pienamente giustificato, mentre si parte dalle molteplici contingenze che possono verificarsi nella esecuzione di un delitto , e che non è dato alla legge di prevedere; e l'arbitrio stesso è incensurabile, perchè i giudici lo ricevono dalla legge , e lo spendono secondo la loro coscienza , in ragione dei fatti che hanno avuto luogo di apprezzare .

Ma questo arbitrio è rilasciato sotto due condizioni ; la

prima che la pena dalla legge prescritta al delitto ove hanno concorso più autori non sia *assolutamente determinata*, il che per il disposto dell' articolo 32 di cui ci siamo occupati a pag. 261 vol. I, vuol dire che non si tratti di pena di morte, di ergastolo, di repressione giudiziale, che non hanno gradi. Dunque la diversità della punizione in questo articolo permessa a riguardo dei correi, è vietata, quando si tratterà delle pene sopra eccettuate, e così in tali ricorrenze tutti i coautori, qualunque sia stata la misura del loro rispettivo operato, saranno repressi con ugual pena.

La seconda condizione si è che nel diverso grado di punizione permesso di fronte a pene non assolutamente determinate, debbesi rimanere entro i limiti legali della pena minacciata al delitto, e non andare al di là o al di quà di essi. Per esempio, il furto qualificato è punito dall' art. 316 del Codice nostro con la casa di forza da tre a dodici anni. Ora i giudici che sono autorizzati a dare un diverso grado di pena ai coautori in detto furto: secondo

la misura del rispettivo operato possono liberamente spaziare dai tre anni ai dodici, condannando taluno a tre anni, altro a cinque, altro a sette, e riserbando il massimo all'autore principale, purchè non discendano al di sotto del grado minimo, e non oltrepassino il massimo, come loro impone espressamente l' articolo 65, assegnando le rispettive pene secondo la misura voluta dall' articolo 16 § 3.

Quanto l' articolo che commentiamo per regola astratta dispone, è consentito da tutti i migliori scrittori di diritto penale, per la ragione che senza recedere dai principj generali che regolano la correità, e che vogliono che i coautori sieno tutti puniti alla pari nelle diverse contingenze, la equità, se non la stretta giustizia, esigono, che la maggior severità della legge, rimanga a coloro che nell' azione criminosa si sono fatti i più operosi, che si sono condotti con maggiore impudenza, ostinazione ed audacia, che hanno trattato quei che sono stati passivi del delitto con ferocia ed atrocità; che di repressione meno grave sieno degni coloro

che meno hanno agito, e che in maniera più moderata si sono diportati, ed anche coloro che dal commesso delitto hanno tratto minori lucri o minori comodi. Così, senza ledere il principio generale della uguaglianza della punizione, si amministra giustizia secondo la relativa imputabilità, moderando alcun poco il rigore della legge. In questa medesima sentenza andava ancora la nostra pratica giurisprudenza.

Ma se questo riflesso, chiamiamolo pure di equità, è ammesso in genere dal nostro Codice nell' articolo in esame, perchè lo ha egli limitato unicamente a quei delitti che sono minacciati delle pene *relativamente determinate*, e non vi ha compresi anco quelli repressi con le altre *assolutamente determinate*? La ragione sulla quale la equità si appoggia, può ricorrere negli uni e negli altri, e noi non avremmo trovato strano il discendere dalla pena di morte a quella dell'ergastolo, e da questa ai più alti gradi della casa di forza. Una differenza, è vero, passa fra lo stare nei limiti legali della pena, e il discendere da specie a

TOMO II.

specie; ma si tratta nel caso, o di pena capitale, o di altra che alla capitale stà a contatto. La ragione politica e la equità impongono di restringerne quanto si può l' applicazione. Infatti ogni riflesso che sia plausibile, serve a diminuire il numero delle teste destinate a cadere sul patibolo, ed ugualmente a scemare l' aggregato di quei che la legge sottopone a pena perpetua. Quando la società è tutelata mediante gravissime punizioni, non può che perdere persistendo a vestirsi di una severità, da cui essa medesima conviene in massima essere opportuno il discostarsi. Abbiamo veduto non sono molti anni in uno Stato vicinissimo alla Toscana, di cui ora esso fa parte, un terribile esempio di questa severità che eccitò la indignazione generale. Cinque teste caddero sul medesimo palco, per lo stesso delitto, nello stesso giorno!! Al pubblico esempio non bastava una o forse due, e non era più umano il consegnare le altre a pena perpetua?

Vero è che i Codici penali moderni, di cui abbiamo sopra discorso, contengano la limita-

zione di cui parla l' articolo in esame ; meno il Francese , che sotto il manto delle circostanze diminuenti, delle quali ai giurati basta asserire la ricorrenza senza giustificarla , recede anche dalla pena capitale . Ma appunto perchè il Codice Francese si è mostrato più moderato degli altri, era desiderabile che il Codice nostro

ne seguisse l' esempio, ed ammettesse perciò il passaggio da pena a pena nei delitti capitali, o quasi, uniformandosi al nostro antico gius penale , che l' aveva nel suo più lato senso accettato .

Ritorniamo su questa importante questione nel nostro commento all' art. 62.

ART. 52. — § 1. — L' instigatore va impunito ,

a) se ha impedito il delitto, o distogliendo l'instigato, o, dove non sia riuscito, benchè abbia fatto quanto era in lui , a distoglierlo , denunziando tempestivamente all' autorità il pericolo sovrastante, o valendosi di altri mezzi ; o

b) se ha fatto quanto era in lui per distogliere l' instigato , il quale nonostante ha commesso il delitto per cause affatto indipendenti da quella instigazione .

§ 2. — Ma se l' instigatore, senza aver fatto quanto era in lui per distogliere l' instigato , ha impedito il delitto con una tempestiva denunzia all' autorità , o con altri mezzi , è punito con la carcere fino a sei mesi , o , ne' casi più leggieri , con una multa fino a cento lire .

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo prevede tre distinti casi , che è d' uopo esattamente decifrare onde poterli bene intendere .

Il primo caso contenuto nel § 1 lettera *a* , contempla due contingenze :

1.^a che l' istigatore abbia impedito il delitto, distogliendo l' istigato dal commetterlo ;

2.^a che l' istigatore, dopo aver fatto inutilmente quanto

era in lui per distogliere l'istigato dal commettere il delitto, e non essendovi riuscito, abbia denunziato il pericolo sovrastante alla autorità , o abbia posto in opera altri mezzi, che hanno portato ad impedire il delitto .

Tanto nella prima che nella seconda contingenza, l' istigatore va impunito .

In questa prima sede dell' articolo alla lettera *a* bisogna ritenere il concetto del delitto

impedito, e così della ottenuta efficacia dei mezzi dall' istigatore adoprati tanto nel primo che nel secondo caso ; e bisogna altresì che sia provato, che in quest' ultimo l' istigatore, prima siasi diretto all' istigato facendo quanto era in lui per distoglierlo , e non essendovi riuscito sia ricorso alla denunzia , o ad altri mezzi. Nel caso che, omesso il primo esperimento di dirigersi cioè all' istigato, siasi appigliato agli altri, e sia pure in essi riuscito, non va impunito per il disposto del § 2 di questo stesso articolo .

A qual ragione si appoggia la ordinata impunità ? Al pentimento dello istigatore, a tutte le premure che egli si è dato per impedire il delitto, e alla ottenuta efficacia delle premure medesime. Abbiamo già parlato a pag. 55 vol. II della importanza che la legge penale dà al pentimento , alla resipiscenza tempestiva del reo ; i casi sopra proposti meritavano la applicazione di questo principio che la ragion politica suggerisce , per non sopprimere nell' animo degli scellerati la voce della coscienza in danno

della società .

Il secondo caso , contenuto nella seconda parte del § 1 di questo articolo alla lettera *b*, parla di quell' istigatore che ha fatto quanto era in lui per distogliere l' istigato , ma inutilmente , perchè questo ha commesso il delitto per cause affatto indipendenti dalla ricevuta istigazione ; anche in questo caso l' istigatore va impunito .

Prima di tutto, per la logica e giuridica intelligenza di questo articolo, fa d'uopo osservare, che in questo secondo caso la legge, per rendere impune lo istigatore, non esige che, riuscite inutili tutte le premure da esso fatte presso l'istigato per distoglierlo dal delitto, ricorra alla denunzia all' autorità , o all' uso di altri mezzi , come è detto alla lettera *a* di questo §. Le parole della legge, *se ha fatto quanto era in lui per distogliere l' instigato*, sono chiare , mentre designano unicamente premure dirette alla persona di quest' ultimo , e naturalmente escludono altri mezzi .

A qual motivo si appoggia questo secondo caso d' impuni-

tà? Pare a noi che resulti evidente dal testo stesso della legge; lo avere cioè lo istigato commesso il delitto per motivi suoi proprj, non dipendenti da quelli sui quali era basata la istigazione. Subito che il fatto dimostra che nella esecuzione del delitto la istigazione non ha influito nell' animo dell' istigato, ogni correità è esclusa dal lato dell' istigatore; egli non è stato causa morale del delitto, e tutta la responsabilità ricade in chi l' ha commesso per proprio conto ed interesse. Oltre a ciò a mandare impunito lo istigatore concorre il pentimento, la resipiscenza, che desumesi dallo aver fatto quanto era in lui per distogliere lo istigato.

Fa d' uopo per altro avvertire di non confondere il caso previsto dal § in esame lettera **b** con il disposto dell' articolo 50 di cui abbiamo tenuto già proposito; l' uno e l' altro contemplano casi differenti e distinti: l' articolo 50 suppone che l' istigato abbia commesso il delitto, non tanto per i motivi insinuatigli dall' istigatore, quanto per motivi suoi proprj; quindi suppone il concorso di

due impulsi, di due spinte; quella dello istigatore, e quella dello istigato, che abbiano congiuntamente agito e determinato quest' ultimo al delitto. Ed in questo caso sebbene fosse giusto di discendere un grado nella imputabilità dell' istigatore, il di cui fatto personale non era stata l' unica causa del delitto, sarebbe stato ingiusto ed impolitico lo assolverlo, dappoichè in parte aveva concorso all' azione criminosa. Nel caso che l' articolo presente contempla, l' istigato ha agito per motivi suoi proprj, la istigazione non ha avuto influenza alcuna nel delitto.

Passiamo adesso al terzo caso previsto dal § 2 dell' articolo che commentiamo. In questo si suppone che lo istigatore sia riuscito ad impedire il delitto, denunziando tempestivamente all' autorità il pericolo sovrastante, o servendosi di altri mezzi, tralasciato per altro quello di dirigersi allo istigato, e di aver fatto seco lui quanto era in suo potere per distoglierlo dal delitto. In questo caso lo istigatore non va impunito, ma è condannato alla carcere fino a sei mesi, e, nei ca-

si più leggieri, con una multa fino a cento lire.

Da che nasce la minaccia dalla legge pronunziata contro l'istigatore, ed a quali ragioni è appoggiata? Se noi confrontiamo il disposto nel precedente § alla lettera *a* con quanto si stabilisce nel § in esame, troveremo facilmente la ragione di cui andiamo in cerca. La impunità accordata nel primo caso dipende da due condizioni, che simultaneamente debbono concorrere nel fatto, cioè lo aver distolto l'istigato dal delitto facendo quanto eragli possibile, e non riuscendovi nel ricorrere all'autorità o ad altri mezzi che abbiano prodotto l'effetto. Ora nel caso in esame, l'istigatore, non curata la prima condizione, non essendosi data premura cioè di distogliere l'istigato, si è direttamente appreso alla denunzia o ad altri mezzi, e ha ottenuto l'intento. È chiaro dunque che il legislatore ha voluto minacciare di pena l'istigatore, perchè ha mancato al suo debito di dirigersi all'istigato, onde probabilmente cancellare nel di lui animo la impressione lasciata dalla ricevuta istiga-

zione, e mostrare ad esso di essersi pentito della scellerata insinuazione. E che questo sia lo spirito da cui è mosso il § in esame, ce lo conferma la *Teorica del Codice Penale a pag. 80* « ivi » *È pienamente* » *ragionevole che un penti-* » *mento così manifestato, si* » *tragga dietro la impunità* » *del delitto impedito; ma la* » *istigazione, cosa di per se* » *stessa immorale e perico-* » *losa alla sicurezza giuridi-* » *ca, non è stata disfatta, nè* » *si è pensato, benchè si fos-* » *se potuto, a disfarla. Ora* » *questa colpevole omissione* » *meritava un qualche gast-* » *go; e tanto più lo meritava,* » *perchè non sia troppo faci-* » *le ad accadere che l'istiga-* » *tore, senza troppo curarsi* » *dei pericoli, che per sua* » *colpa sovrastano allo isti-* » *gato, si appaghi di decli-* » *narli da se medesimo ».*

Su questa disposizione, come sulle altre contenute nell'articolo che abbiain commentato, ritorneremo dopo che avremo esaurito quanto è necessario osservarsi sui successivi articoli 53 e 54.

ART. 55. — Nei delitti colpiti di morte, l'istigatore incorre nella pena da uno a cinque anni; nei delitti colpiti di ergastolo, o di casa di forza, l'istigatore incorre nella carcere da sei mesi a tre anni: e nei delitti colpiti da pena inferiore alla casa di forza, è punito secondo la norma del § 2 dell'art. precedente,

a) se ha fatto quanto era in lui per distogliere l'istigato, il quale non ostante ha commesso il delitto, per cause non indipendenti da quella instigazione; o

b) se l'istigato, già determinato al delitto, si è astenuto dal commetterlo, senza esserne stato distolto dallo instigatore.

Osservazioni sull' articolo

Questo articolo prevede due distinti casi. Il primo, notato con lettera **a**, minaccia delle pene nell'articolo stesso indicate lo istigatore che inutilmente ha fatto quanto era in lui per distogliere lo istigato, il quale ha commesso non ostante il delitto, per cause non estranee alla istigazione.

Questo caso è ben diverso da quello contemplato nell'art. 50, e dall'altro previsto dall'art. 52 § 1 lettera **b**. Nel primo il delitto è stato commesso per

motivi dipendenti dalla istigazione, e congiuntamente per motivi proprj dell'istigato. In tal caso l'istigatore non aveva mostrato pentimento, non aveva fatto alcun passo per impedire il delitto; aveva lasciata in pieno vigore la istigazione, la quale in parte aveva influito nell'animo dell'istigato. Nell'altro il delitto è stato commesso per cause affatto indipendenti dalla istigazione, ma dopo che l'istigatore si era pentito, ed aveva fatto quanto poteva per impedire il delitto. Finalmente in quello in esame

il delitto è stato dall' istigato eseguito in onta della contraria volontà dello istigante pentito, e che aveva fatto di tutto per distoglierlo, ma lo ha eseguito per cause *non indipendenti*, dice la legge, dalla ricevuta *istigazione*; espressioni che a noi sembra che non abbiano quella chiarezza intuitiva che dovrebbe essere in una legge penale. Ma la più volte rammentata *Teorica del Codice Penale* spiega a pag. 81 » ivi »
 » . . . in virtù dei motivi per
 » la maggior parte suoi pro-
 » prj ed in lui trasfusi d' al-
 » tronde, ma pure avvalorati
 » da quella istigazione. E ciò
 » essendo, ragion vorrà che
 » l' istigatore, tutto che deb-
 » ba esser francato dalla pe-
 » na di un delitto del quale si
 » era tempestivamente pen-
 » to, e studiosamente inge-
 » gnato di calcolarne il dise-
 » gno in altri eccitato, soffra
 » tuttavia le conseguenze di
 » una istigazione, che ha pu-
 » re esercitato qualche in-
 » fluenza nell' opera crimino-
 » sa dell' istigato. » Razona-
 le è dunque il diverso modo con
 il quale la legge penale proce-

de contro l' istigatore nei tre distinti casi. Nel primo caso autorizza i giudici a considerarlo non come correo, ma come ausiliatore; nel secondo lo manda impunito; nel terzo lo punisce di pena non grave, perchè sebbene egli mostrato abbia pentimento, e siasi dato premura per impedire il delitto, questo è avvenuto in sequela della impressione che sull'animo dell' agente ha lasciata la istigazione.

Il secondo caso contenuto nell' articolo che esaminiamo alla lettera **B** ricorre quando l' istigato, già determinato al delitto, si pente, dal delitto si astiene, e ciò senza che siavi concorso il fatto dell' istigatore. In tale ricorrenza rimane sempre nell' istigatore il delitto della istigazione, e se il delitto non è stato commesso, deve attribuirsi unicamente al pentimento dell' istigato, cui l' istigatore non ha minimamente contribuito.

Ci riserviamo di fare altre osservazioni su quest' articolo, quando avremo commentato quello che succede.

ART. 54. — Ognorachè la legge non prescriva altrimenti, la instigazione non accolta si punisce

a) con la carcere da uno a tre anni, se fu diretta ad un delitto, minacciato di morte;

b) con la carcere da un mese ad un anno, se fu diretta ad un delitto, colpito di ergastolo, o di casa di forza; e

c) con la carcere fino ad un mese, e, nei casi più leggieri, con una multa fino a cinquanta lire, se fu diretta ad un delitto, colpito di pena inferiore alla casa di forza.

Osservazioni sull' articolo

Questo articolo parla della istigazione non accolta, e la punisce nello istigatore o con la carcere, o con la multa, per il tempo e quantità prescritta di fronte alla gravità del delitto, cui la istigazione stessa era diretta. Il Codice nostro, dopo aver preveduto nei precedenti articoli i diversieventi nei quali la istigazione stessa può essere o no nell' istigatore punibile a delitto impedito o avvenuto, passa a parlare della istigazione non accolta, e forma di essa a carico dell' istigatore

un delitto punibile. La pena che all' istigatore stesso minaccia, secondo la gravità dei delitti ai quali la istigazione tendeva, è a dir vero severa, se si pone a confronto con quelle che a istigazione accolta sono all' istigatore medesimo comminate, giacchè è grandissima la differenza del pericolo e dell' allarme che produce quest' ultima di fronte a quelli cui dà luogo la prima.

Osservazioni sugli articoli
52. 53. 54.

Nello esporre alla rubrica

del titolo in esame le teorie della scienza su tutti i modi con i quali taluno può esser causa morale diretta del delitto altrui, ci siamo fatti un debito di parlare della istigazione a delinquere, accolta o non accolta dallo istigato, e della responsabilità, che di fronte alla legge penale dalla sola istigazione può sorgere.

Abbiamo detto, dietro l'autorità dei migliori scrittori di diritto criminale, essere interesse della morale, non meno che della giustizia politica, di punire la istigazione di per se stessa, anche non accolta, e di punirla del pari quando fosse accolta, ma il delitto non fosse stato eseguito. Soggiungemmo che questa repressione deve fare della istigazione un delitto *sui generis* dalla legge espressamente previsto, mentre, se questa in proposito tacesse, non vi sarebbe ragione giuridica per punirla, perocchè la istigazione, come atto meramente *preparatorio*, sarebbe esclusa dalle teorie di diritto che regolano il conato. Dicemmo di più che la nostra giurisprudenza, quando trattavasi di mandato, aveva formato, avve-

nuta l'accettazione del mandatorio, un delitto *sui generis* perfetto e consumato di cui era debitore il mandante, delitto che chiamavasi *mandato a delinquere*, la cui pena era applicabile, nel caso in cui il delitto non avesse esecuzione per cause indipendenti dal di lui pentimento.

Ora il Codice nostro ha quasi totalmente esaurito la materia della istigazione nell'uno e nell'altro caso di fronte all'istigatore; mentre nell'art. 54 forma della istigazione non accolta un delitto *sui generis*, e la punisce. In questo caso ognuno vede che non è in causa che un sol delinquente, dappoichè lo istigato, rifiutando di eseguire il delitto, opera conforme ai propri doveri. Nell'articolo 52 § 1 ha da ogni pena assoluto lo istigatore, che pentito si è rivolto allo istigato per impedire il delitto, e in un caso vi è riuscito, ed in un altro sebbene non vi sia riuscito, è stato provato che motivi personali all'agente, estranei alla istigazione, lo han condotto a delinquere. Nel § 2 si sottopone a pena lo istigatore pentito che è riuscito ad impedire

il delitto, ma che ha ommesso di dirigersi a tale effetto allo istigatore. L' articolo 53 lettera **a** punisce l' istigatore, benchè pentito, quando sia provato che l'istigato autore del delitto, alle cause sue personali di delinquere, abbia aggiunta quella della istigazione; ed alla lettera **b** punisce egualmente lo istigatore quando la inesecuzione del delitto sia derivata dal pentimento dell' istigato, a cui lo istigatore non avesse minimamente contribuito.

In tutti questi casi è evidente che là dove l' istigatore v'è impunito, tale impunità la deve o all' aver messo in opera i mezzi tutti per impedire il delitto, o alla niuna influenza che l' istigazione abbia avuto nella esecuzione del delitto; e che là ove riceve punizione questa si appoggia o ad una complicità morale nel delitto dell'istigato, per una influenza qualunque che la istigazione ha avuta nel delitto, come nell' art. 53 lettera **a**, o al delitto *sui generis* dell' istigazione, come nell'art. 52 § 2 e 53 lettera **b**, in quanto che, o non era stato completo il pentimento nel primo caso, o niun pentimento egli a-

veva mostrato nel secondo.

Abbiamo sopra detto che il Codice aveva *quasi totalmente* esaurita la materia di fronte all' istigatore; e non senza ragione dicemmo *quasi totalmente*, mentre, fra i molti casi preveduti, è ommesso quello ben facile ad accadere, che il delitto sia stato impedito, non perchè l'istigato siasi astenuto dal commetterlo, come si contempla a detto art. 53 lett. **b**, ma perchè alcune imprevedute circostanze non ne abbiano permessa la consumazione, o perchè l'autorità in tempo prevenuta, non già per il fatto dell' istigatore, vi avesse posto ostacolo; bene è vero per altro, che questo caso essendo analogo al già preveduto in detto articolo 53 lettera **b**, può e deve risolversi nello stesso modo: infatti se l' istigatore è tenuto alla pena minacciata al delitto *sui generis* di istigazione, quando l'istigato si è astenuto dal delinquere, per uguaglianza di ragione sarà tenuto della pena stessa nel caso sopra figurato.

Prima per altro di scendere a tener proposito dello istigato, gettiamo l' occhio su tutte le disposizioni che il Codice pe-

nale contiene sul conto dello istigatore, ed esaminiamole nel loro insieme .

Piuttosto che discendere in tante e sì minute particolarità, non sarebbe stato meglio, che il Codice, su questa materia interessante, avesse posto la teoria generale dalla scienza consentita, che la istigazione accolta o non accolta formava un delitto *sui generis*, perfetto in se stesso, a meno che un tempestivo ed efficace pentimento non l'avesse distrutta ? La sapienza Romana ci insegna dover le leggi provvedere mediante regole generali ai casi ordinarij, frequenti ad accadere, rilasciando ai magistrati lo interpretarle e lo applicarle in tutti gli altri casi di più rara o più difficile contingibilità (*legg. 3. 4. 5. e 6. ff. de legib.*) Opera inutile sarebbe il tentare di tutto prevedere; mentre, benchè piena di ingegno e di acume sia la umana mente, resta sempre qualche cosa di impreveduto o di omesso . Ora quanto in rapporto allo istigatore trovasi nel Codice sanzionato, pare a noi che contenga una esuberanza, che, oltre a nuocere alla chiarezza e lucidità dei

concetti, ne scema la maestà, impegnando la legge in disposizioni tutte di secondario interesse che, posta la regola generale, dovevano abbandonarsi alla scienza ed alla coscienza dei magistrati .

In rapporto alle disposizioni singole, noi pienamente corriamo in quanto si contiene nell'art. 52 § 1, perchè coerente ai principii della scienza. Ma nella nostra tenuità crediamo che si allontani affatto dai medesimi quanto si contiene nel § 2 di detto art. 52. Quando il pentimento dello istigatore è stato tanto efficace da impedire il delitto, a che indagare il modo da lui tenuto onde raggiungere il fine che egli si proponeva ? La scienza insegna che quando all' istigatore è riuscito di impedire il delitto che egli aveva voluto, ogni imputazione è da lui remossa ; la indagine dei mezzi di cui egli si è servito è inutile; alla legge deve bastare che sia provato il pentimento e la di lui efficacia. Ora l' occurrersi di esaminare se siasi o no rivolto all' istigato, è tal fatto che senza distruggere gli effetti del pentimento, potrà utilmente servire a porre in bilancia nelle

cattedre e nei libri di morale il maggiore o minor merito del pentimento stesso, ma di fronte alla legge politica, che vuole e deve far conto della resipiscenza efficace, rimarrà questione oziosa, o almeno non meritevole di penale sanzione.

In ogni caso noi speriamo almeno, che se lo istigatore proverà di non aver potuto confabulare con l'istigato, perchè irreperibile o assente, o perchè il tempo stringeva in modo da non dargli agio a farlo, potrà sottrarsi dalla pena minacciagli dalla legge.

Un'altra osservazione ci azzardiamo a fare sul citato art. 52 § 1 lettera *a* e *b*. Nei due casi la legge quasi suggerisce allo istigatore, come mezzo di ottenere l'assoluzione, o una tenue pena, la delazione, il denunziare cioè il pericolo che nascer può dal delitto, di cui egli medesimo ha all'istigato commessa l'esecuzione. È dunque l'autore del male che va a palesare all'autorità quello stesso che per suo conto ed interesse doveva consumare il delitto, ed in premio riceve la cancellazione del suo reato, o ne riporta almeno una mitissi-

ma pena. Era forse necessità che la legge svelasse questo turpe ed odioso mezzo di scampo allo istigatore? Nò certamente, perchè a lei bastava il dire in genere *valendosi di qualunque mezzo*, ed avendo invece accennato anche alla delazione, ha, quasi diremmo, fatto rivivere l'antico privilegio della *impunità*, da tutti gli scrittori aborrito, e con ragione, e dalle leggi nostre del tutto scomparso. (*Vedi art. 557 n. 3 delle DD. ed II. del 9 Novem. 1858*).

Un ultimo riflesso faremo sopra le referite disposizioni che assolvono lo istigatore pentito, che ha fatto quanto la legge gli impone per impedire il delitto. Abbiamo detto che costui va impunito in premio della resipiscenza mostrata. Questo caso dunque importerà una limitazione al disposto dell'articolo 48 § 2, il quale assolve dalla pena del tentativo colui che spontaneamente desiste dalla criminosa azione intrapresa, ma lascia per altro a lui la pena del delitto *sui generis*, qualora nell'atto costitutivo del conato, vi si comprenda. Una non tenue diver-

sità esiste fra i due casi : nel primo non si dà pena ; nel secondo la imputazione resta, se esiste delitto di per se stante . La differenza è giustificata, se si rifletta, che lo istigatore non si è reso debitore che di un atto preparatorio per regola generale immune da pena, e l'autore del tentativo ha cominciata la operazione delittuosa , e per tal cominciamento è sempre punibile .

Passiamo adesso allo istigato .

Quando l'istigato ha eseguito il delitto, deve esser punito come autore di esso, tanto che lo abbia consumato per conto dell' istigatore , quanto anche per cause sue personali . (art. 49, 52, § 1. lett. *b*, 53 lett. *a*)

Ma se il delitto non è stato eseguito, l'istigato, che ha accolta l'istigazione, sarà debitore del delitto *sui generis* ? Ciò può avvenire in tre casi ;

1.° quando ne è stato distolto dall' istigatore preso da pentimento ;

2.° quando lo stesso istigato si è volontariamente astenuto dal delitto ; e

3.° quando il delitto non è avvenuto per cause indepen-

denti dalla volontà dell'istigato stesso .

Nel primo caso, se la legge accorda impunità all' istigatore, deve necessariamente concederla all' istigato , il quale , come si è già detto, trovasi in condizione differente da quella dell' istigatore , perchè questo vuole il delitto , ma ne commette ad altri l' esecuzione : quello, oltre al volere il delitto, si impegna ad eseguirlo.

Nel secondo caso, se la respiscenza giova all' istigatore , giovar deve per uguali ragioni all' istigato .

Resta il terzo caso sul quale il Codice fra tante particolarità tace .

Il chiarissimo autore della *Teorica del Codice Penale*, mentre conviene a pag. 82 che dell' istigato la legge non fa esplicita menzione , asserisce che le tracce della di lui imputabilità , si hanno nel disposto dell' art. 54, perocchè, egli dice, nel caso ivi figurato, è logica necessità considerare lo istigato, che si è lasciato liberamente corrompere, come coautore della istigazione di per se stante .

Letto attentamente l'art. 54,

non vi troviamo la più lieve traccia di quella relazione che il caso in esso figurato si pretende avere con la istigazione come delitto *sui generis*. In detto articolo si presuppone eseguito il delitto, e si dà facoltà ai giudici, quando sia il medesimo represso con pena non assolutamente determinata, di punire i coautori con grado di pena diverso entro i limiti legali. Qual rapporto può aver tal disposizione, che prevede un delitto compiuto, con l'assenso dall'istigato prestato che non ha avuto effetto per cause indipendenti dalla di lui volontà, caso di cui la legge penale non ha parlato? La indole ed il carattere giuridico di quei delitti, che diconsi *sui generis*, debbono esser dalla legge penale specialmente e positivamente determinati; non possono nè debbono trarsi da un fatto di per se costituente un delitto comune ad un altro che la legge deve creare, perchè la scienza non lo riconosce per tale; la istigazione non seguita da effetto non è per la scienza punibile, se la legge non lo di-

chiara; e non è punibile, lo ripetiamo anche una volta, perchè è un atto *preparatorio* che non costituisce neppure un principio di tentativo.

Se dunque non ci siamo ingannati, lo istigato che ha accolta la istigazione, la quale poi non ha avuto effetto per circostanze indipendenti dal di lui pentimento, resta per disposizione della legge impunito. E quando diciamo istigato, intendiamo comprendervi tutti quelli che o per mandato, per consiglio, per ricompense, per abuso di potere, o in qualunque altro modo sono stati eccitati a delinquere. A pag. 77 vol. II, parlando del *mandato a delinquere*, come delitto *sui generis*, abbiamo detto che alcuni autori hanno sostenuto esser punibile il solo mandante, e non il mandatario, ed abbiamo soggiunto che questa massima era stata abbracciata dalla nostra giurisprudenza. Il silenzio del Codice sul conto dello istigato ci induce a concludere e ritenere che egli abbia abbracciato tale teoria.

ART. 55. — È ausiliatore del delitto , chiunque , senza ritrovarsi in alcuno dei casi contemplati all' art. 49 , ha partecipato al delitto altrui ,

a) facilitando o fortificando in altri la risoluzione di commetterlo ; o

b) indicando , o somministrando i mezzi di commetterlo , o indirettamente agevolandone le esecuzioni ; o

c) prestando al delinquente dopo il fatto , ma in sequela di promesse anteriori al fatto , un soccorso , diretto ad assicurare il frutto del delitto , o ad eludere le investigazioni della giustizia .

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo definisce, in un modo che a noi sembra chiaro e preciso, quali fatti costituiscano la giuridica qualità di *ausiliatori* al delitto altrui . Quelli che la scienza chiama *complici* il Codice nostro chiama *ausiliatori* .

Ciò che abbiamo detto a pag. 403 vol. II sui complici pienamente concorda con quelle disposizioni che l' articolo in esame contiene , mentre il Codice procede di pari passo con le teorie della scienza penale .

Poniamo adunque avanti qualunque osservazione su questo articolo ciò che abbiamo di sopra a sazietà espresso , che l' *ausiliatore* si distingue dal *coautore*, in quanto che questo o determina, o induce direttamente altri a commettere il delitto , ed è così causa morale diretta del delitto altrui, o coopera direttamente alla esecuzione di questo , che è quanto dire, servendoci della espressione vivace del dottissimo Rossi, fa cogli altri l' azione criminosa . Al contrario l' ausiliatore facilita, agevola il de-

prestando indiretta propria a coesecuzione del
ricati .

designa
verifi-
al-
i

mo
er oc-
tro .

di lettera **a**

coloro che per
consigli , istruzioni ,
promesse , autorità , o male arti
avranno facilitato , o for-
icato in altri la risoluzione
di commettere un delitto ; e qui
è ben facile a comprendere , che
non si parla di quei che sono
causa morale diretta del delitto
altrui , di quelli cioè il cui
consiglio , istruzioni , doni e
promesse , autorità , o male arti
hanno prodotto nell' animo del-
l'istigato la rea determinazione
di violare la legge penale , co-
sa alla quale avanti minima-
mente pensava ; ma di quei che ,
già inclinati al delitto , a que-
sto hanno ricevuto spinta mag-
giore per la scellerata istiga-
zione altrui ; nella loro mente

già esisteva la preindicata ri-
soluzione ; la istigazione altrui
ne ha facilitato la esecuzione ,
o ha rimosso i dubbj che si e-
rano affacciati .

L'altro caso , segnato di let-
tera **c** , parla di coloro che , a-
vanti il delitto , promettono ai
delinquenti un soccorso diretto
ad assicurare il frutto del loro
operato , o ad eludere le investi-
gazioni della giustizia . Anche in
questa promessa anteriore al
delitto esiste soccorso morale
per parte dell' ausiliatore . In-
fatti gli autori del delitto , per la
ricevuta promessa , sanno che
vi è persona che porrà in sal-
vo il prodotto della loro rea a-
zione , o gli oggetti che hanno
servito a consumarla , o le lo-
ro persone , e quindi con mag-
giore alacrità si spingono ad e-
seguire l' azione criminosa .

A questa categoria di delin-
quenti appartiene quella classe
di ricettatori che tanto facilitano le altrui delinquenze , la
esperienza insegnandoci quan-
to le loro promesse anteriori
al delitto influiscano e sieno di
sprone per vincere quella re-
pugnanza che trovasi in diver-
si delinquenti , nata , non da co-
scienza virtuosa , ma dalla te-

ma di essere scoperti e così soggiacere alla pena minacciata dalla legge, da una grave responsabilità liberandoli il ricettatore col sopprimere o nascondere testimoni muti sì, ma potenti, del loro delitto, o con agevolar loro la fuga. Tre ragguardevoli danni lo abbiamo già detto a pag. 115 vol. II, ed ora giova ripeterlo, costoro procurano alla società; facilitano il delitto; sottraggono alla proprietà altrui il prodotto di questo; fanno ostacolo alla giustizia, impedendole o rendendole difficile la prova del delitto in genere ed in specie.

Il terzo caso rammentato alla lettera *b* sembra appartenere all' aiuto fisico e materiale; diciamo *sembra*, mentre la parola *indicando*, posta a contatto con l'altra *somministrando*, starebbe a rappresentare più un aiuto morale che un aiuto fisico. Ed in fatti colui che *indica* i mezzi per commettere un delitto non fa che istruire, dirigere, comunicare le sue idee all' autor principale, per rendergli più facile l' azione criminosa, e se ciò fosse, noi avremmo nella rimarcata parola una ripetizione del concetto

racchiuso nel primo caso lettera *a*.

Ma checchè sia di ciò, certo è che nel rimanente il suddetto caso si riferisce all' aiuto fisico, che può commettersi in due maniere, o col somministrare mezzi, come istrumenti, arnesi, al delinquente principale avanti il delitto, o con l' ajutarlo indirettamente nella esecuzione del medesimo. E qui la legge servendosi dell' avverbio *indirettamente*, che domina tutto l' inciso, ha inteso di quell' aiuto che non è causa fisica diretta al delitto, come sarebbe il caso previsto all' articolo 49 lettera *a*, perchè in esso sta non l' ausilio, ma la correità, ma bensì di quell' aiuto che ha facilitato, agevolato il delitto, e senza del quale questo sarebbe stato commesso. In tal caso l' ausiliatore non ha col fatto proprio prodotto il delitto, ma ha contribuito indirettamente alla di lui esecuzione.

Abbiamo a pag. 102 (vol. II) osservato, che può verificarsi il caso che l' ausiliatore rivesta invece il carattere giuridico di coautore o correo; su di ciò nuovamente torneremo com-

mentando l' articolo 57 ; intanto qui basti lo avvertire, che i Tribunali ogni qualvolta loro si presenti la contingenza di riconoscere nel fatto di un agente secondario al delitto altrui un ajuto al delitto debbono nella parte declarativa delle loro sentenze espressamente ed in chiari termini indicare a qua-

le delle tre accennate categorie distinte nelle lettere **a**, **b** e **c** si referisca il detto ajuto, e ciò per non confondere il correo con l' ausiliatore, o questo con il favoreggiatore . I nostri lettori possono consultare varie decisioni della Corte Regolatrice , e specialmente una del 50 Settembre 1855.

ART. 56. — L' ausiliatore soggiace

a) all' ergastolo, o, ne' casi men gravi, alla casa di forza per un tempo non minore di anni dieci, se il delitto è minacciato di morte;

b) alla casa di forza per un tempo non minore di anni cinque, se il delitto è minacciato di ergastolo; e

c) alla medesima pena, ond' è colpito l' autore, fino a due terzi della quantità ad esso dovuta, o alla specie penale inferiore, se il delitto è minacciato di pena minore dell' ergastolo.

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo minaccia le pene dovute agli ausiliatori; faremo secondo il solito precedere alle nostre osservazioni la esposizione di quanto in proposito stabiliscono i Codici Francese ed Italiani, e di quanto aveva, in difetto di leggi patrie, ritenuto la nostra giurisprudenza.

Abbiamo già detto a pag. 106 vol. II che, secondo i principii della scienza penale, il complice è debitore di minor pena di quella dovuta al correo. I codici italiani tutti hanno ritenuto questa regola; il francese se ne è allontanato. I Co-

dici Italiani hanno ancora riconosciuta la verità dai buoni scrittori insegnata, che la pena dell' ausiliatore deve attingersi per quanto è possibile dall' altra stabilita per il correo, diminuendola di una quota corrispondente alla importanza del prestatto ausilio. Infatti ben dice il chiarissimo autore della *Teorica del Codice Penale*, quando osserva, che il desumere la punizione dell' ausiliatore da altra fonte che quella portante repressione al delitto, sarebbe un allontanarsi dalla causa che rende l' azione imputabile, cioè la partecipazione al delitto stesso, e andare

erroneamente in cerca di altra pena che potrebbe essere o troppo severa o troppo mite .

A riprova del già detto, noi troviamo che i Codici Gregoriano e Sardo (Art. 13 e 109) assegnano al complice da uno a tre gradi di pena meno di quella dovuta al correo; il Napoletano ed il Parmense (art. 74 e 84) uno o due gradi meno ; per altro quest' ultimo ha aggiunto alla classe dei complici coloro (art. 83) « ivi »
 » *che destinati alla custodia*
 » *delle cose, o al servizio del-*
 » *le persone , e consapevoli*
 » *anteriormente dei crimini*
 » *che vanno a commettersi,*
 » *rapporto alle cose e a pre-*
 » *giudizio delle persone stes-*
 » *se, occultano tali disegni ed*
 » *insieme vi prestano con-*
 » *venza* » . Una tal disposizione, che non si trova negli altri Codici e neppure nel nostro , sembrerebbe a primo aspetto che accennasse alla così detta *complicità negativa* ; ma bene esaminata, facile è il convincersi che la *connivenza* in persone aventi i doveri che sopra, appartiene più al positivo che al negativo .

Il nostro gius penale puniva

i complici con pena straordinaria, che determinavasi nella specie e nella durata dai giudici, secondo la maggiore o minore importanza del fatto costituente la complicità, sempre per altro dipartendosi da quella determinata dalla legge ai correi . (*Vedi Repertorj Cattellacci e Cerretelli verbo complicità*).

Il Codice nostro , ritenuti i principj generali sopra discorsi, di poco nell' applicazione si è discostato da ciò che i Codici Italiani e il nostro gius penale avevano determinato . Esaminiamo adesso la misura di punizione nelle tre ricorrenze previste dall'articolo in esame.

La lettera *a* suppone il caso di colui, che è stato ausiliatore di un delitto minacciato di pena capitale ; egli deve esser punito coll' ergastolo, e ne' casi men gravi con la casa di forza, per un tempo non minore di dieci anni .

Come ognun vede nel caso attuale dovendo servire al principio di una punizione più mite, di fronte a quella che percuote l' autor principale , bisognava per necessità discendere nella specie di pena inferiore , per-

chè la pena capitale non ha gradi ; questa pena inferiore secondo la scala penale ritenuta dal nostro Codice è l' ergastolo . Ecco dunque il punto di partenza massimo , il quale riceve modificazione ne' casi più leggieri, mentre l' ergastolo come pena perpetua non è graduabile . Il già lodato autore della *Teorica del Codice Penale a pag. 84* dice, che la durata della pena dell'ergastolo può calcolarsi trenta anni , e dietro questo calcolo è stata determinata la casa di forza non inferiore agli anni dieci , lo che equivale al terzo di quella pena . Ora noi possiamo misurare lo spazio nella punizione dell' ausiliatore accordato all' arbitrio dei Tribunali , cioè dall' ergastolo, pena perpetua, alla casa di forza dai dieci ai venti anni. Una tal pena sembraci uguale a quella determinata ai complici dai Codici Gregoriano e Sardo .

La lettera *b* suppone che il delitto sia punito con pena di ergastolo ; ed in questo caso sottopone l'ausiliatore alla pena della casa di forza per un tempo non minore di anni cinque . Qui riscontriamo il solito discende-

re dalla pena superiore alla inferiore, ma nell'arbitrio lasciato ai Tribunali abbiamo una misura più larga della precedente , mentre non si dà per termine minimo il terzo, ma il quarto di essa .

La lettera *c* abbraccia tutti i casi nei quali all' autore sia minacciata una pena inferiore all' ergastolo, e nella ricorrenza di essi, sottopone l' ausiliatore alla stessa pena dovuta all' autor principale *fino a due terzi della quantità ad esso dovuta , o alla specie penale inferiore*; » queste sono le parole della legge che a parer nostro portano nei Tribunali l'obbligo nel punire l' ausiliatore di non andare al di là dei due terzi della pena dovuta all' autor principale; questo è il limite massimo. I limiti inferiori si trovano nelle quantità minori , o nel passaggio da una ad altra pena .

Avanti di lasciare l' articolo in esame, crediamo opportuno ripetere ciò che altre volte in casi analoghi abbiamo detto , che per fare dell' articolo stesso retta applicazione , i magistrati debbono stabilire *a priori* la pena che all' autore avreb-

bero inflitta, per provare che l'altra assegnata all'ausiliatore, trovasi nella misura dalla legge designata. Nella maggior parte de' casi l'autore sarà a causa, e perciò diverrà necessità lo assegnarli la pena; ma possono darsi delle contingenze in cui esso sia ignoto, ed allora diverrà opportuno il nostro avvertimento.

Un'altra osservazione deve farsi, ed è che l'ausiliatore non è tenuto del delitto da altri commesso nella misura penale dalla legge prescritta, se non che nei limiti della scienza che egli ebbe dell'azione criminosa. Se a questa, nella e-

secuzione si univano circostanze aggravanti e qualificanti da lui ignorate, se ne è sorto un delitto a lui avanti ignoto, se concorsero circostanze personali in taluno dei principali autori tanto aggravanti che diminuenti, le prime non possono porsi a carico dell'ausiliatore, come l'ultime non possono giovargli. Al contrario se nella esecuzione del delitto si è fatto meno di quello che all'ausiliatore fosse noto, questo rimane sempre debitore di ciò che è stato eseguito. Abbiamo veduto a pag. 102 vol. II, che queste regole ricorrono anche per i correi.

ART. 57. — Quell' ausiliatore per altro , che ha scientemente prestato un soccorso, senza di cui il delitto non sarebbe stato eseguito , può esser punito come coautore .

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo prevede i casi da noi a pag. 402 vol II indicati, nei quali l'ausiliatore assume la veste di coautore e di correo, quando cioè il fatto nel quale consiste il soccorso , l' aiuto prestato al delinquente è stato di tale importanza che senza di esso il delitto non sarebbe stato eseguito . Allora questo fatto diviene di per se stesso causa *determinante* al delitto, perchè ha spinto l'autor principale a commetterlo . Colui per esempio che si fosse proposto di eseguire un omicidio , ma mancasse di armi , e queste non potesse avere da altri che da quello che le possiede : colui che avesse concepita la rea risoluzione di avvelenare , ed il veleno non potesse avere che da una certa persona ; colui che si è proposto di rubare e manca d' i-

strumenti atti a rompere le finestre, gli usci, o di false chiavi , o di scala per farsi strada al domicilio altrui, e questi non potesse ottenere che da quello che li ritiene ; se fosse constatato che gli autori o autore del delitto non avrebbero quello commesso, se non avessero ricevuto da un terzo la promessa di prendere o nascondere le cose dal delitto provenienti , o gli oggetti serviti al delitto , o le loro persone ; se nei rispettivi casi da noi figurati è dai detentori e sovventori favorito l'autore, con scienza del reo uso che dovevasi fare delle cose richieste ; costoro non saranno forse causa *determinante* al delitto, in quanto che hanno *direttamente* contribuito alla esecuzione di esso in tal modo, che senza la loro assistenza il delitto non sarebbe avvenuto ?

Non conveniamo del tutto

nell' opinione dell' elogiato autore della *Teorica del Codice Penale* , quando afferma che tutti costoro non sono in sostanza che ausiliatori del delitto altrui , in quanto agevolano il delinquente nel fatto criminoso ; mentre bene esaminata la parte che costoro prendono nel delitto , evidentemente riscontrasi, che non si limitano a facilitare ed agevolare la rea opera altrui: la faciliterebbero e l' agevolerebbero, se in altro modo o da altri potessero gli autori principali provvedersi dei mezzi opportuni all' impresa . Ma quando ci partiamo dal concetto , che senza quell' ajuto il delitto non poteva commettersi, perchè ad altri l' autore nel momento della esecuzione era impossibilitato a rivolgersi , allora colui che i mezzi somministra non

agevola, non facilita, crea per così dire il delitto , è spinta principale e primaria al delinquente , e riveste necessariamente la divisa di coautore . Quindi a noi sembra che ritenuti i fatti già annunziati i Tribunali non potranno giammai dipartirsi dal punirlo alla pari di colui che ha eseguito il delitto (*Vedi Rossi Droit pénal liv. 2 chap. XXXIX*). Lodi-amo per altro il Codice nello aver rilasciato al prudente arbitrio dei magistrati l'applicare secondo la contingenza dei casi la pena della correità o della complicità , unicamente perchè nel caso l' arbitrio è appoggiato a temperanza nel punire , ed i fatti possono assumere tanti aspetti da non permettere al legislatore di procedere in modo assoluto .

ART. 58. — Quando l' ausiliatore non abbia prestato, dopo il delitto, il soccorso promesso avanti, va esente da ogni pena, se prima del fatto revocò la sua promessa, o, ciò non avendo potuto, fece quanto fu in lui, per impedire la esecuzione del delitto.

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo dichiara non punibile l'ausiliatore, che si è pentito della promessa fatta al delinquente o delinquenti di soccorrerlo dopo il delitto, alle seguenti condizioni; di revocare cioè la promessa avanti che il delitto avvenga, o ciò non potendo, fare quanto era in lui per impedire la esecuzione del delitto medesimo.

La legge nel porre le due condizioni vuole, che colui che ha promesso l' aiuto avanti il delitto revochi la sua promessa, dirigendosi a colui al quale ha la promessa medesima fatta. Se ciò ha potuto fare, va esente da ogni pena, mentre con la revoca suddetta, ha tolto al delinquente ogni lusinga di ottenere lo sperato aiuto, e ha distrutto ogni influenza che la promessa medesima avesse

prodotto nel di lui animo: se non ha potuto ciò fare, la legge vuole che egli faccia quanto era in lui per impedire la esecuzione del delitto: non importa poi se non vi è riescito: egli va impunito.

In questo caso la legge è coerente con ciò che ha disposto all' art. 52. Il pentimento tempestivo dell' ausiliatore produce la impunità.

È evidente per tutto il contesto di questo articolo, che vi si contempla il caso di un delitto già avvenuto e consumato.

Figuriamoci adesso il caso che la promessa di soccorso fatta dall' ausiliatore sia rimasta inane, o perchè quello che l' aveva ricevuta si fosse pentito o non avesse già commesso il delitto, o perchè la esecuzione di questo fosse stata impedita per circostanze indipendenti dalla volontà di chi era

deciso a commetterlo. In questi due casi il promittente ajuto sarà tenuto di pena come lo è all' articolo 54 l' istigatore la cui istigazione non sia stata accolta, e anche quello che ricevuto il consenso dello istigato, non avesse ottenuto il desiderato delitto, perchè quest' ultimo si fosse astenuto da commetterlo, come si ha dal precedente articolo 53? Grande analogia passa fra queste due contingenze e quella che abbiamo immaginata. Cosa immorale e pericolosa alla società, è il promettere ajuto ai delinquenti, e quelle medesime ragioni che hanno giustamente spin-

to il legislatore a creare della istigazione, o non accolta o resa inutile per circostanze indipendenti dalla volontà dello istigatore, un delitto speciale e di per se stante, condurrebbero alla necessità della medesima provvidenza nei casi da noi formulati. Ma nel silenzio della legge, potrà procedersi per analogia estendendola da caso a caso, in specie quando si tratta di fatti che per i principii generali della scienza, non sono di per se stessi punibili che nei casi dal legislatore espressamente contemplati? Noi incliniamo per la negativa.

ART. 59. — § 1. — Allorchè il delitto è la conseguenza del concertato di più individui, che lo avevano risoluto nel loro comune interesse; tutti sono considerati come coautori.

§ 2. — Ma se alcuno dei detti coautori non ha menomamente partecipato, neppure con la semplice presenza, alla esecuzione del fatto; la pena di lui può discendere fino a quella di un ausiliatore.

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo si collega con quanto il Codice nostro prescrive all' art. 49 lettera *α*, che parla di quei che eseguono, o cooperano fisicamente al delitto.

Nella maggior parte dei casi, la esecuzione, o la cooperazione al delitto, cui hanno preso parte più individui, nasce da un concerto precedentemente intervenuto fra loro; ma si possono dare delle contingenze, nelle quali taluno o taluni, che non abbiano partecipato al concerto si associno nella esecuzione del delitto agli altri, e ciò verificandosi, come abbiain detto a pag. 102 vol II, questo o questi, tosto che abbiano scienza di

ciò che andavano a fare, ed abbiano quindi dolosamente operato, sono coautori del delitto.

L' articolo in esame prevede il concerto precedente passato fra più individui onde commettere un delitto nel loro comune interesse, e conclude che in questo caso tutti debbono ritenersi per correi. In questa prima parte la legge non ci dice nulla di più di quello che ha detto all' articolo 49 alla lettera *α*, a tal che non avremmo qui che una ripetizione, alla quale forse il legislatore si è impegnato per farsi strada alla limitazione contenuta nel § 2 di questo articolo.

Infatti questo nella seconda sua parte contiene una eccezione alla già posta regola, per-

chè, se dopo il concerto, alcuni di coloro che lo hanno fatto non avessero materialmente dato mano a commettere il delitto, e non si fossero trovati neppur presenti al medesimo, allora vien dichiarato, che eglino possono collocarsi nella categoria degli ausiliatori, e come tali esser puniti: il che porta alla conseguenza, che la correatà alla partecipazione fisica, o la cooperazione agli atti che costituiscono il delitto, abbisognano della presenza di tutti i delinquenti.

Questa limitazione è fondata sulla giustizia, e secondata perciò dalla scienza, mentre il concerto, o sia la risoluzione criminosa di più, onde commettere un delitto nel loro comune interesse, disgiunta dalla cooperazione materiale, o almeno dalla personale assistenza al delitto medesimo, pone una marcata differenza fra essi e gli esecutori dell'azione criminosa. I primi partecipano al delitto in un modo meno principale degli altri, in quanto che si sono astenuti dalla materiale esecuzione, sia per propria volontà, sia perchè i socii non abbiano creduta necessaria la lo-

ro cooperazione, o non l'abbiano permessa, ritenendoli o come un inciampo perchè inabili, o perchè agendo in più potevano con maggior facilità essere scoperti. Checchè sia della causa della loro astensione certo è, che politicamente parlando, sono meno rei di coloro che hanno agito, perchè non assistendo al delitto non hanno contribuito a dar compimento all'azione criminosa, mentre è incerto se trovandosi nell'azione non si fosser pentiti di averla approvata. Il concertare un delitto è ben diverso da eseguirlo, e chi lo eseguisce si mostra più audace, più impudente, più malvagio di chi soltanto lo risolve. Talchè bisogna concludere che questi ultimi non possono esser tenuti di pena uguale ai primi.

I già detti riflessi sono appoggiati a convincenti ragioni: perchè dunque si abbandona all'arbitrio dei giudici la loro applicazione? Deve essere in loro potere il considerare come correo colui, che non ha contribuito alla esecuzione materiale del delitto neppure con la sua presenza, quando i preceffi i più sicuri del diritto pe-

nale non lo consentono? A queste interrogazioni che ci siamo fatte facilmente si risponde che nella immensa varietà dei casi che possono presentarsi al giudizio dei magistrati, lo adottare una massima positiva ed assoluta potrebbe portare a non pochi inconvenienti; può avvenire che il fatto di colui che ha risoluto con altri un delitto senza aver partecipato alla di lui esecuzione neppure con la di lui presenza,

sia così grave da ritenerlo nella punizione alla pari di quei che hanno eseguito il delitto; prudentemente ha dunque il Legislatore rimesso alla coscienza dei magistrati la misura della pena. Speriamo che i giudici Toscani ossequenti ai precetti della scienza non se ne allontaneranno, servendosi dell' arbitrio loro concesso con quella moderazione che li ha sempre distinti.

ART. 60. — § 1. — Chiunque, dopo il fatto, senza concerto anteriore al medesimo, e senza contribuire a portarlo a conseguenze ulteriori, scientemente aiuta il delinquente ad assicurare il criminoso profitto, o ad eludere le investigazioni della giustizia; ognora che non cada sotto una più speciale disposizione della legge, commette il delitto di favoreggiamento.

§ 2. — Il favoreggiamento è punito con la carcere fino a due anni, o, nei casi più leggieri, con una multa fino a cento lire; ma nè l'una, nè l'altra pena, può eccedere il terzo di quella, che si debba decretare all'autore del delitto favoreggiato.

Osservazioni sul § 1.º

Eccoci adesso giunti a quella che gli antichi criminalisti chiamavano *complicità posteriore*. Abbiamo di questa e delle varie sue specie lungamente parlato a pag. 108 vol. II, riferendo quanto era necessario a sapersi di fronte alle leggi Romane, e di fronte alla scienza.

Il Codice Francese agli articoli 61 62 e 63 parla della complicità posteriore nei delitti, restringendola per altro alla ricettazione delle persone di

mala qualità conosciute per tali dai ricettatori stessi, e delle cose con precedente scienza della loro viziosa origine. La legge Francese, quando parla di scienza, comprende e quella che si acquista dal ricettatore avanti il delitto, e l'altra che si verifica dopo il delitto, ma prima della ricettazione, nel che eccede i limiti della giustizia. Essa punisce questi ricettatori con i lavori forzati a tempo, qualora il delitto commesso dagli autori principali portasse alla pena di morte, ai lavori forzati perpetui, o alla

deportazione. Abbiamo già detto che la eccessiva severità del detto Codice nella punizione della complicità, tanto anteriore che posteriore (perchè nella prima i complici sono puniti alla pari dei correi) aveva meritata la censura di tutti i buoni scrittori.

I Codici penali Italiani hanno taciuto affatto su questa specie di complicità; ne hanno tenuto soltanto parola, quando hanno parlato dei delitti contro la proprietà; sicchè quanto agli altri delitti non è dai Codici moderni conosciuta.

La nostra giurisprudenza, come teoria generale, giammai ha riconosciuto la complicità posteriore nei delitti di qualunque specie. Ancor essa per altro la riteneva ne' furti di fronte alle leggi del 9 Settembre 1681 e del 22 Giugno 1816, non nell' aspetto della complicità posteriore, ma come delitto *sui generis* cui davasi il nome di *ricettazione* o *comparsa dolosa*. Parleremo a suo luogo di questo speciale delitto.

Il Codice nostro ha voluto fare della complicità posteriore un titolo di delinquenza comune a tutti i delitti, non sen-

za comprendere poi in speciali disposizioni quello, che può ricorrere nei delitti contro la proprietà dei quali ha tenuto proposito agli articoli 417, 418 e 420. Alla complicità posteriore comprensiva tutte le delinquenze ha dato il nome nuovissimo di *favoreggiamento*.

L' articolo in esame nella sua prima parte ci dà la definizione del favoreggiamento, dicendo che consiste nell' ajuto scientemente prestato al delinquente dopo il delitto, ma senza concerto anteriore, e senza contribuire a portare il delitto stesso a conseguenze ulteriori, diretto ad assicurargli il criminoso profitto, o ad eludere le investigazioni della giustizia.

Onde ben comprendere la enunciata definizione, fa d'uopo osservare che l' ajuto prestato al delinquente dopo il delitto, può configurarsi in cinque diversi modi.

1.^o modo. Concerto precedente al delitto fra l' autore principale e il delinquente accessorio, mediante il quale quest' ultimo si impegna ad assicurare al primo il profitto

che dal delitto si è proposto di ritrarre, o ad eludere le investigazioni della giustizia. In questo primo modo non vi è *favoreggiamento* ai termini del Codice, vi è bensì *ausilio* giusta le disposizioni dell' articolo 55 lett. c.

2.^o modo. Aiuto prestato al delinquente dopo il delitto, senza scienza precedente del delitto stesso, ma in modo da contribuire a che il delitto commesso e consumato abbia ulteriori conseguenze. Così per esempio è stato commesso un omicidio; l' autore di esso, sorpreso quasi in flagrante dalla pubblica forza, o da persone accorse al misfatto, implora l' aiuto altrui per mettere in fuga gli accorrenti, e per liberarsi dall' arresto; questo aiuto gli viene prestato; avvengono allora, o un delitto di resistenza, o offese personali, o altro omicidio; colui che ha prestato l' aiuto non è un *favoreggiatore* al primo delitto, ma un correo unicamente nei delitti sopravvenuti.

3.^o modo. Aiuto prestato al delinquente dopo il delitto, con scienza precedente al delitto stesso, ma senza concerto

anteriore. In questo caso colui che presta aiuto sarà un *favoreggiatore*, ma non un *ausiliatore*, perchè mancando la promessa precedente o il concerto con l' autore principale, il fatto del primo non ha contribuito a facilitare il delitto commesso dal secondo, mentre ignorava, se colui, al quale dopo il delitto ha chiesto aiuto, glie lo avrebbe prestato. Il nostro codice parlà qui in termini chiarissimi, mentre può ben verificarsi che colui che non ha concertato l' aiuto, e non ha contribuito a portare a conseguenze ulteriori il delitto, abbia avuto scienza del delitto dall' autore principale deliberato, avanti che fosse eseguito.

4.^o modo. Aiuto prestato al delinquente principale dopo il delitto con scienza posteriore al delitto. In tal caso ricorrono ancora gli estremi del *favoreggiamento*, tosto che l' aiuto prestato fosse diretto ad assicurare allo stesso delinquente il criminoso profitto, od a eludere le investigazioni della giustizia. In questa ipotesi la imputazione che nasce dal fatto del *favoreggiamento* sarà minore

di quella che emerge dal terzo caso ; i giudici nel punire potranno valutarla nella latitudine della pena al *favoreggiamento* designata dal § 2.

5.º modo. Aiuto prestato al delinquente principale, con assoluta ignoranza in chi lo presta del commesso delitto, e dello scopo propostosi dal delinquente di assicurarsi con quello stesso aiuto il profitto che voleva dal delitto ritrarre, o di eludere le investigazioni della giustizia . In una parola deve risultare, perchè questo caso si verifichi, che colui che ha prestato l' aiuto ignorasse il delitto, agisse in buona fede, e mancasse in lui ogni preconcetto di favorire con il proprio operato le prave mire dell' autore principale . In quest' ultimo caso non ricorre il *favoreggiamento* definito dal Codice, mentre, non esistendo intenzione criminosa , manca l' elemento sostanziale di ogni delinquenza, sia principale, sia accessoria .

Concludendo diremo che nel favoreggiamento debbono ricorrere i seguenti estremi :

1.º Aiuto dopo il fatto criminoso prestato al delinquen-

te o delinquenti principali, senza concerto o promessa precedente al delitto , e senza contribuire a portar questo a conseguenze ulteriori .

2.º Scienza in chi presta l' aiuto del commesso delitto , che il di lui operato o è diretto ad assicurare al delinquente principale il criminoso profitto, o ad eludere le investigazioni della giustizia .

D' uopo è per altro trattenersi alcun poco sul secondo estremo , onde meglio conoscerne la importanza giuridica ; prima parleremo della scienza , poi dei fatti sui quali cade il favoreggiamento .

La scienza, requisito necessario nel favoreggiatore, consiste, come abbiamo detto, nella notizia che egli ha del commesso delitto, e nel sapere che gli atti ai quali dà mano sieno diretti a prestare aiuto al delinquente , perchè si assicuri il profitto criminoso, o perchè eluda le investigazioni della giustizia. Ora i pratici distinguono la scienza in *vera* e *presunta*; è *vera* quando rimane provato in modo diretto e positivo, che il favoreggiatore conosceva la esistenza del commesso delitto

e lo scopo a cui il richiesto aiuto tendeva; è *presunta* quando si induce o per necessaria conseguenza dei fatti che hanno preceduto ed accompagnato il prestato aiuto, o dallo stato, qualità e fama delle persone a favore delle quali si opera, o dai doni, promesse e lucri che il favoreggiatore ricava, o dalla natura delle cose nascoste, disperse, distrutte, in relazione a colui che le teneva. La constatazione di ambe queste qualità della scienza è abbandonata pienamente alla coscienza de' giudici.

Parliamo adesso dei fatti che secondo la legge debbono costituire il favoreggiamento.

In due modi secondo il Codice nostro può questo commettersi: 1.º o con l'aiutare scientemente il delinquente ad assicurarsi il criminoso profitto; 2.º o con l'eludere le investigazioni della giustizia. Occupiamoci separatamente dell'uno e dell'altro.

Cosa si intende per criminoso profitto? Si limita questo al solo lucro bursale che il reo dal delitto vuol trarre? No; perchè in questo caso il favoreggiamento si limiterebbe a

que' soli delitti che violano il diritto di proprietà, ed allora la disposizione del Codice, comprensiva di tutte le delinquenze, rimarrebbe superflua ed inutile, dopo ciò che ha disposto agli articoli 417, 418 e 420. Qui si vuol parlare di ogni comodo, di ogni beneficio, di ogni risultato che la rea intenzione del delinquente ha avuto in mira per commettere il delitto; si vuol comprendere ogni e qualunque aiuto che altri, dopo commesso il delitto, a lui presta, onde ottenere ciò che dal delitto sperava, o per conservare, o assicurare ciò che ne ha ottenuto.

Il secondo modo, cioè l'aiuto diretto dopo il delitto ad eludere le investigazioni della giustizia, può verificarsi sulle persone, quando si faciliti la fuga del reo onde sottrarlo all'arresto, quando si nasconda perchè la giustizia non se ne impossessi, quando dolosamente si diverga l'attenzione degli agenti della forza pubblica onde impedire che lo ritrovino; sulle cose, quando o gli oggetti provenienti dal delitto, o che hanno servito a commetterlo, o che possano

somministrar prova in genere o in specie di esso, o le tracce che questo ha lasciate dopo di se, si distruggano, si nascondano, si cambi la loro forma intieramente o anche parzialmente per disperdere la prova della loro identità, con il criminoso scopo di favorire il reo, col togliere, o almeno rendere ben difficili alla giustizia i mezzi atti a concludere le prove del delitto e del delinquente, o impedire ai legittimi proprietari il recupero dei loro effetti.

Il favoreggiamento può verificarsi, sia nel primo, come nel secondo modo, tanto che il favoreggiatore abbia ricevuto doni o promesse, lucri, o comodo qualunque, quanto che abbia prestato il suo aiuto gratuitamente per amicizia, per affezione, per deferenza, per ossequio all' autor principale, come ancora per vincolo di sangue o di affinità che lo univa all' autore stesso, salvo le eccezioni contenute nell' articolo seguente.

Finalmente il riserva che fa l' articolo in esame con le parole — *ognora che non cada sotto una più speciale disposizione di legge* — hanno un

doppio significato, cioè quello di escludere dal favoreggiamento i fatti di aiuto prestato al delinquente che costituiscono di per se stessi un delitto, come per esempio quello previsto all' articolo 175; e l' altro che si riferisce ai già citati articoli 417, 418 e 420 i quali parlano dei ricettatori di ladri o di cose furtive.

Concludendo sul § 1 di questo articolo, osserveremo che il codice nostro si è mostrato, nel creare del favoreggiamento in tutti i delitti un azione criminosa *speciale* o *sui generis*, più severo del Codice Francese e dei Codici Italiani, come pure della nostra giurisprudenza; per altro rendendo omaggio al vero, può e deve dirsi che ha supplito ad un vuoto, cui la scienza aveva provveduto, senza essere stata pienamente secondata dalle precedenti legislazioni penali.

Osservazioni sul § 2.

Le pene dall' articolo in esame minacciate al favoreggiamento consistono nella carcere, e nei casi più lievi nella multa fino a cento lire: esse

sono ben moderate, in specie poi, quando questo modo accessorio di favorire il delitto, cade sui fatti criminosi gravi o gravissimi. Lo stesso Codice si è mostrato più severo, quando ha dettato più speciali disposizioni penali contro i ricettatori di delinquenti, o di cose ablate nei delitti contro la proprietà per fine di lucro.

La limitazione, che trovasi scritta in fine di questo §, deve intendersi in relazione alle parole precedenti, non in un modo generico e comprensivo di tutti i casi. Infatti la punizione dovuta al favoreggiatore non può ecceder la carcere, allorchando l' aiuto è stato prestato nei delitti gravi; nei leggeri

non può ecceder la multa in cento lire; dunque la limitazione suddetta è referibile soltanto al caso in cui il delitto, sul quale è intervenuto l'aiuto, sia punito con la carcere, o con la multa superiore a cento lire. In questi casi soltanto la carcere e la multa non possono eccedere il terzo di quelle che si decretano al delinquente principale; negli altri casi la durata della carcere dipende dal prudente arbitrio del giudice, il quale nello assegnarla deve riportarsi ai limiti ad essa stabiliti dall' articolo 17 § 2: e quello della multa non potrà giammai eccedere le lire cento.

ART. 61. — Il favoreggiamento, che sia stato prestatato solamente per proteggere la persona del delinquente, rimane impunito fra i coniugi, fra i consanguinei od affini in linea retta fino a qualunque grado, fra i consanguinei od affini in linea collaterale fino al quarto grado civile inclusive, fra il padre e il figlio adottivo, e fra il tutore e il pupillo.

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo contiene una disposizione limitativa del precedente consentita dalla giustizia e dalla equità. Tutti gli scrittori della scienza, che hanno parlato della complicità posteriore come delitto *sui generis*, si sono dati cura di sottrarre all'azione penale, coloro che sono materialmente caduti nella complicità medesima per proteggere o salvare la persona del delinquente, mossi dagli stretti vincoli di parentela che ad essi lo legavano, come notammo a pag. 113 vol. II. In questi casi l'amore, l'affezione, escludono il dolo e sopprimono il sospetto che dal fatto stesso dell'aiuto emerge, cioè la intenzione di favorire e

facilitare i delitti; il pericolo imminente che sovrasta alle persone congiunte, o con vincoli di sangue, o con altri potentissimi legami, suscita nel cuore di ognuno il desiderio di sottrarneli, sia col rimuovere ogni argomento, che a carico di essi sorgesse dalle cose che hanno servito al delitto, o ne sono state il prodotto, sia col nascondere il delinquente congiunto, sia col facilitargli la fuga, perchè non cada nelle mani della giustizia. L'articolo in esame designa fino a quali gradi di parentela o di affinità si spinge l'impunità accordata. Merita elogio la estensione e la moderazione del Codice, mentre la nostra giurisprudenza, che restringeva la complicità posteriore nei furti soltanto, limitava questa

eccezione alla moglie, al marito, al padre e al figlio. (*V. Repertorio Cerretelli verb. furto n.º 165, 180, 181, 280*).

A mera precauzione vogliamo prevenire un obbietto che potrebbe sorgere dall' articolo in esame, e ciò in aggiunta alle osservazioni da noi fatte a pag. 114 vol. II all' autorità del Giuliani da noi riportata.

L' articolo che commentiamo parla del favoreggiamento — *che sia prestato solamente per proteggere la persona del delinquente*. — Queste parole limitano la impunità promessa ai congiunti all'unico caso nel quale abbian voluto proteggere la sola persona, senza estenderla all'altro nel quale si sieno nascoste, sottratte, disperse e distrutte o alterate le cose al delitto spettanti, o gli istrumenti, armi ec. ec. di che il delinquente avrebbe fatto uso, e ciò con lo scopo di rimuovere ogni prova, ogni argomento di reità? La questione non meriterebbe di esser proposta; ma pur nondimeno esaminiamola.

Se il legislatore accorda a questi congiunti impunità, ciò avviene, come abbiamo notato,

in riguardo ai sentimenti di affezione, onde non porre in contrasto con i vincoli, che legano le famiglie, la legge penale. Guai a quella legge, che si proponesse di soffocare il nobile sentimento della difesa nel cuore di chi è legato con vincoli sacrosanti, per sostituirvi l'indifferenza e l'egoismo! Ora qual ragione vi sarebbe per limitare la impunità al favoreggiamento ristretto alla persona, senza estenderlo anche a quello relativo alle cose? Sarà impunito il congiunto che nasconde il reo, e gli facilita la fuga, e sarà punibile quello che avendo in casa il pugnale che ha servito all' omicidio, il documento falsificato, gli oggetti involati, li nasconderà, li brucierà, li getterà nelle latrine, per salvare il congiunto stesso, cui tali oggetti possono essere arrestati? La causa che spinge all' uno e all' altro fatto non è la stessa? Le vedute che hanno mosso il legislatore ad accordare la impunità, non ricorrono forse in ambedue i casi? La proposta limitazione adunque non ha ragionevole appoggio, anzi è contraddetta dallo evidente spirito da cui la legge è

informata .

Ma alla limitazione stessa si oppone anche la lettera della legge, *sano modo* intesa ed applicata. Infatti l'avverbio *solanente* che trovasi nel sopra riportato periodo dell' articolo , non sta a limitare la impunità nel solo caso della protezione della persona del reo; sta ad escludere, come diremo più sotto, nel fautore la dolosa intenzione di favorire il delitto , il che avverrebbe, se l'aiuto fosse diretto non a difendere il congiunto e proteggerlo dal pericolo di essere scoperto , ma a tenergli mano, a partecipare del criminoso profitto , in una parola quando il prestato aiuto dasse prova di correatà o di complicità. Letto l'articolo medesimo in questo senso , si rende chiarissimo a chicchessia .

E vaglia il vero ! Se risultasse che il congiunto ha dolosamente agito, con pieno concerto e concordia con l'autore del delitto, allora egli è responsabile del fatto da lui eseguito, a seconda della maggiore o minore influenza che ha avuto nell' azione criminosa ; allora il congiunto non ha agito per amore o per affezione, e con lo intuito di proteggere o di difendere , ma perchè era socio di delitto col delinquente.

Il giudizio che deve sorgere per risolvere la questione, se il congiunto debba rimanere impunito, come l' articolo in esame prescrive , o debba sottostare alla pena nel caso di correatà, di complicità, o di favoreggiamento, è abbandonato , come ogni giudizio di fatto, alla coscienza del magistrato.



TITOLO VI.**Dell' applicazione delle pene .**

ART. 62. — Quando è minacciata al caso una pena assolutamente determinata, i tribunali debbono decretarla inalterabilmente, ognora che non si presentino cause di sostituzione, riconosciute dalla legge .

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo impone ai Tribunali di applicare inalterabilmente, la pena capitale, quella dell'ergastolo, e quella della riprensione giudiziale, quando sono dalla legge minacciate, e vieta loro di sostituire ad esse altre pene, a meno che ciò non sia permesso nei casi dalla legge stessa determinati. Questi casi non sono infrequenti, e si incontrano non tanto nelle disposizioni generali del libro I, quanto nelle altre relative ai delitti in specie comprese nel libro II. Non occorre che noi qui ne facciamo rassegna, riserbando di parlarne volta per volta, come ab-

biamo fatto in rapporto agli articoli di cui ci siamo fin qui occupati. I Codici Francese ed Italiani sebbene non abbiano una disposizione così esplicita, ne hanno per altro una generale che vieta ai magistrati di eccedere nei limiti dalla legge designati, sia accrescendo, sia diminuendo la pena, fuori dei casi dalla legge medesima specialmente permessi.

Vero è per altro che il primo dei suddetti Codici, fra le correzioni che ha sofferto nel 1832, ha quella, mediante la quale sono i magistrati autorizzati a discendere nelle pene rispettivamente inferiori a quella capitale o perpetua, quando i giurati dichiarino e-

sistere circostanze diminuenti, senza obbligo di indicarle o spiegarle. Il che porta una grave limitazione alla regola della inalterabilità delle pene. Ed infatti dai rendiconti statistici, che il Governo Francese ogni anno pubblica sopra l'amministrazione della giustizia criminale, si ha il consolante risultato, che la preindicata limitazione porta a tre quarti meno, che per l'avanti, il numero delle condanne a pena capitale.

Noi in caso, se non identico, almeno analogo a ciò che dispone l'articolo in esame, abbiamo azzardato alcune osservazioni sulle quali intendiamo ritornare. (*Vedi il commento all' articolo 51 o pag. 129*).

La legge nelle pene temporarie dà ai magistrati un ampio spazio (forse, soverchio) posto fra il limite massimo, ed il limite minimo, onde nel prudente loro arbitrio designino quel grado di pena che sembrerà loro conveniente in corresponsività delle circostanze del fatto, ed in proporzione del danno o pericolo e della malvagità dell' agente. Ciò indica che, per quanto la legge stessa nelle ricorrenze più ovvie e più

facili ad accadere, abbia provveduto a speciali disposizioni di aumento o diminuzione di pena, ciò non pertanto, nella immensa quantità dei casi contingibili, restano a calcolarsi delle circostanze non prevedibili, che possono condurre l'animo retto ed illuminato dei giudici a punire più mitemente o più gravemente; a ciò tende l'arbitrio prudente e giusto che loro accorda la legge. Ora quella differenza d'imputabilità che la legge penale pur confessa ricorrere nei delitti minacciati da pene temporarie, non può forse incontrarsi negli altri, sieno pure di maggior gravità, che sono repressi con pena capitale, o quasi capitale? chi oserebbe ciò impugnare? Noi ne appelliamo agli uomini di esperienza, non a quelli che sono seguaci delle teorie pure, e che o di esperienza non sono arricchiti, o quella non curano.

Se dunque nei delitti minacciati dalle due gravissime pene suddivise può esservi concorrenza di cause dalla legge non prevedute, e che necessitano il ricorso ad una pena più mite, perchè debbono privarsi

i magistrati dell' uso di un prudente e giusto arbitrio, che tenda a discendere di un gradino nella scala penale, di quello stesso arbitrio che con larga copia ha il legislatore loro accordato nella determinazione del grado nelle pene temporarie?

Si obietterà forse, che ciò può concedersi naturalmente in una pena di per se stessa graduabile, ma non in quelle che gradi non hanno. Ma quest' obbietto non ha forse tutti i caratteri di una petizione di principio? Mentre, se gradi in queste pene non possono essere, la necessità vuole che si ricorra, quando la giustizia il consente, ad autorizzare la discesa ad una specie inferiore; così forse non si conduce la legge nei casi da lei previsti, quando autorizza questo passaggio? E perchè non permetterlo nelle pene suddette, quando lo ha riconosciuto di giustizia nelle pene temporarie, rilasciandolo alla prudenza dei magistrati?

L'antica giurisprudenza, appoggiata all' autorità di molti assennati scrittori, riteneva che nel dolo di proposito la legge non ritrovava circostanze

diminuenti. Ma una più recente giurisprudenza fondata sopra dottrine più convincenti, ed in specie sulla esperienza, recedè da quella massima, e trovò il più alto grado d' imputazione in quelle azioni nelle quali, e la rea intenzione e il danno erano giunti all' estremo nella esecuzione del delitto. A questi estremi soltanto riservava la pena capitale, autorizzando negli altri i magistrati a discendere nella pena immediatamente inferiore.

L' egregio autore della *Teorica del Codice Penale* nel riconoscere la verità delle premesse, impugna da valente dialettico le conseguenze che noi ne deduciamo. Infatti egli dice a pag. 90 « ivi » *quando » il legislatore minaccia un » dato delitto di pena assolutamente determinata, esem- » pigrizia di morte, non » presuppone che tutti i casi » criminosi di quella specie » si presenteranno di una identica gravità alla cognizione dei tribunali; ma è » persuaso, che il castigo tra- » scelto sia dovuto ancora al » meno grave di essi. Tanto*

» *che se i limiti della umana*
 » *potenza glie lo avessero per-*
 » *messo, senza pericolo di*
 » *render crudele la legge, e-*
 » *gli avrebbe, nei casi più*
 » *gravi, accresciuta la seve-*
 » *rità del castigo.* » Esami-
 niamo adesso pacatamente que-
 sto ragionamento.

Intanto il dotto scrittore conviene, che nei casi dalla legge minacciati da pena capitale si possa incontrare maggiore o minor gravità. Ciò basta per ritenere che il nostro ragionamento si parte da un dato vero ed innegabile. Ma quale delle due conseguenze, che lo stesso autore, e noi rispettivamente deduciamo, sarà la vera e la giusta?

Protestiamo avanti ogni altra cosa che noi non intendiamo di porre in dubbio l'autorità suprema del legislatore; noi la rispettiamo; intendiamo di ragionare con i principj inalterabili della scienza, e su di essi ci appoggiamo.

La scienza insegna, che il supremo grado della scala penale deve riservarsi a quei casi soltanto nei quali la prava intenzione dell'agente abbia raggiunto il colmo dell' iniquità,

e siasi verificato il danno più rilevante alla pubblica o privata sicurezza, in specie poi quando questo supremo grado di pena sia la morte. Appunto perchè la umana potenza e la civiltà non permettono di accrescere il castigo, questo deve riserbarsi, quando siamo giunti al non plus ultra della scelleratezza umana. È cosa infatti che reca dolore, e che induce grave sospetto di precipitanza, il vedere che vi sono dei casi eccezionali che la legge non può, come meritano, con maggior severità reprimere, solo perchè ha esaurito l'ultimo grado della punizione nei casi ordinarij. Tutta la questione si riduce ad un semplice dilemma; vi è o no modo di sottrarsi alla impossibilità di reprimere più severamente nei casi gravissimi? Se vi è, deve questo modo adottarsi; se non vi è, sarà d'uopo sottostare alla suddetta impossibilità.

Ma questo modo per noi è ben facile a trovarsi, e ad essere attuato. Stia pure la legge con la minaccia della pena capitale nei casi da lei designati, ma dia facoltà ai giudici di recedere da essa, quando circo-

stanze straordinarie la faccia-
no reputare eccessiva, scenden-
do alla pena inferiore . Così i
principj sono salvi. E se il Co-
dice nostro ha questo concetto
adottato nell'articolo 309 § 2,
parlando dell'omicidio, perchè
non ha ciò fatto negli altri deli-
ti minacciati da pena capitale?

Nè si obietterà esser cosa
pericolosa l'affidare ai giudi-
ci un simile potere , e che il
ricorso alla grazia è il solo ri-
medo per temperare la seve-
rità della condanna . Al primo
ed al secondo argomento ri-
sponderemo giovandoci dello
stesso esempio tratto dal cita-
to articolo 379 § 2, e dell' au-
torità del citato scrittore , là
dove dice relativamente al pri-
mo obietto a pag. 94. « ivi »
» se il legislatore
» dalla scienza e coscienza
» de' giudici si ripromette sen-
» tenze nè troppo indulgenti
» per favore, nè troppo seve-
» re per odio, perchè non do-
» vrà in essi riporre la mede-
» sima fede allorchè si tratta
» di adeguare la pena? Il so-
» spettare che i giudici applli-
» cheranno sempre l' infimo
» grado della pena rispettiva
» od un grado vicino all' in-

» fimo (e nel caso nostro il
passaggio da pena a pena) sa-
» rebbe una indegna diffiden-
» za della loro dottrina » ; e
più sotto in rapporto al secon-
do obietto a pag. 95. « ivi » *La*
» *grazia non è che un rime-*
» *dio eccettuativo inteso ad*
» *impedire la ingiustizia in*
» *quei casi straordinarj in*
» *cui la legge non ha potuto*
» *essere abbastanza previden-*
» *te. Dunque l' esercizio del*
» *diritto di grazia è un atto*
» *straordinario, col quale il*
» *supremo potere corregge*
» *le imperfezioni, chè non o-*
» *stante ogni sforzo della u-*
» *mana prudenza si incontra-*
» *no pur sempre nelle leggi .*
» *Ma quando le pene sono in*
» *gran parte assolutamente*
» *determinate, od una picco-*
» *la distanza intercede fra*
» *l' infimo loro limite ed il*
» *sommo, le grazie divengono*
» *ordinarie , ed il supremo*
» *potere confessa con queste,*
» *che l' esatta applicazione*
» *del precetto legale torna*
» *frequentemente contraria*
» *al principio della giustizia.*
» *Ed allora è naturale che*
» *scemi la pubblica fede nel-*
» *la bontà delle leggi penali*

» *vigenti, e che i cittadini do-*
» *mandino, perchè il legisla-*
» *tore non le riformi, anzi-*
» *chè obbligare i tribunali*
» *ad emanar sentenze, che e-*
» *gli debba sì spesso rivoca-*
» *re o moderare.* »

Quindi è che, se per la maggior tutela sociale si sostiene la necessità e la giustizia della pena estrema, è d' uopo restringerne più che si può l'ap-

plicazione, riserbandola ai casi più atroci. Diverrà più tremenda per il pubblico esempio; diminuirà la possibilità di lamentare la fallacia dei giudizj umani; si farà un omaggio alla civiltà, e non si lasceranno del tutto nell' incuranza e nel dispregio gli argomenti di molti e molti distinti scrittori, che vorrebbero questa pena abolita.

ART. 63. — Quando è minacciata al caso una pena relativamente determinata, i tribunali debbono decretarla più grave, o più mite, entro i suoi limiti legali, secondo le circostanze del fatto, e specialmente secondo il danno ed il pericolo del fatto medesimo, e secondo la malvagità e la forza della volontà dell' agente.

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo contiene tre distinte disposizioni.

La prima è che i tribunali nell' applicare una pena relativamente determinata (*Vedi art. 52 lett. b*) non possono uscire dai limiti dalla legge prescritti a quella pena a quel dato delitto minacciata.

La seconda è che entro i detti limiti debbono decretare quella pena più grave o più mite, secondo che loro piacerà.

La terza è che nel misurare la pena suddetta entro i limiti designati, ciò facciano tenendo conto delle circostanze del fatto, ed in special modo avuto riguardo al danno, al pericolo, ed alla prava intenzione dell' agente.

Tutte queste disposizioni so-

no in piena coerenza con i precetti della scienza, si uniformano a quelle che trovansi scritte in quasi tutti i codici penali moderni; mentre per la prima si vieta di sorpassare i limiti voluti dalla legge per non convertire il potere affidato ai magistrati in un arbitrio sbrigliato ed eccedente; la seconda si appoggia alla esperienza, la quale pur troppo dimostra che talora, nelle infinite contingenze dei casi, si incontrano nei fatti criminosi circostanze che il legislatore non può affermare, e che possono meritare una pena più mite, o altra più grave; è giusto adunque in tali ricorrenze accordare al magistrato una discreta latitudine nel punire. Sulla misura di questa latitudine abbiamo fatto le nostre

osservazioni nella parte proemiale a pag. XXIV (vol. I). Da essa si vedrà che pienamente concordiamo con il già elogiato autore della *Teorica del Codice Penale* là dove a pag. 95 dimostra gli inconvenienti che producono le pene tassative e gli altri che nascono dal tutto accordare all' arbitrio dei giudici. Ma nel tempo che si vogliono evitare i due eccessi, fa d' uopo esser temperanti nel prescrivere la linea media, onde evitare lo inconveniente di gravi differenze nelle punizioni di uno stesso delitto. La terza poi si parte dalla teoria di gius criminale, che impone doversi misurare la repressione in ragion composta della prava intenzione e del danno o pericolo dal delitto derivato: inutile è il dire che qui per *danno* intendesi quello che dicesi danno *in atto*, e per *pericolo* si vuol designare danno *in potenza*.

Ciò premesso esaminiamo adesso una questione, che sorge spontanea dal disposto dell' articolo in esame.

Il legislatore nel determinare il modo che deve servir di guida ai giudici per applicare le pene *relativamente deter-*

minate, ha inteso dare precetti, o somministrar soltanto regole, criterii, direzioni, per spendere giuridicamente il potere loro concesso?

Nel primo caso i giudici sarebbero obbligati a palesare nella loro sentenza le ragioni che li hanno mossi a dare più o meno di pena nei limiti fissati dalla legge; nel secondo, tutto sarebbe rilasciato al loro prudente arbitrio, e così il loro giudizio rimarrebbe totalmente abbandonato alla loro coscienza.

Se si stà alle parole di cui si è servito il legislatore, parrebbe che procedesse il primo concetto; egli ha usato della parola *debbono*, che importa precetto, ordine, comando; per altro ogni giorno vediamo che i tribunali sono andati in una contraria opinione, mentre determinano la durata delle pene della classe di quelle cui si riferisce il nostro articolo, senza darne ragione alcuna, intendendo così di spendere un arbitrio, di cui non sono tenuti a render conto che a loro medesimi.

A noi non sembra questo metodo conforme alla legge per

la ragione già detta ; ed anche per il riflesso che i tribunali non debbono sottrarsi giammai dal debito di far conoscere i motivi che li hanno spinti alla

severità o alla moderazione , per evitare la critica di soverchia durezza o di parziale indulgenza .

ART. 64. — Quando l' agente si trovi in uno stato vicino a quello , che , secondo l' art. 54 , esclude intieramente l' imputazione , i tribunali sono autorizzati a discendere

a) ad una specie penale inferiore, se la pena minacciata al delitto è assolutamente determinata ; e

b) al di sotto del limite inferiore , o ad una specie penale inferiore , se la pena minacciata al delitto è relativamente determinata .

Principii generali .

Questo articolo è una limitazione all' altro precedente di n.º 54, di cui ci siamo già lungamente occupati; la sua vera sede sarebbe stata quella di succedere a quest' ultimo immediatamente , e di trovarsi così sotto la rubrica del titolo III che parla delle cause che escludono o diminuiscono la imputazione, mentre appartiene a quelle della seconda specie .

Ma checchè sia di ciò, per conoscere ed apprezzare le di lui disposizioni, fa d' uopo che noi sottoponiamo i lettori alla noja di rammentare, almeno in

compendio, ciò che abbiamo detto a pag. 279 (vol. I) sulle cause dirimenti la imputazione , dappoichè da questa sorgente emergono quelle che la diminuiscono , senza toglierla di mezzo .

Dicevamo adunque che, fatta astrazione dagli infanti, impuberi, e sordo-muti, sui quali il Codice specialmente si tratteneva agli articoli 36, 38, 39, 40 e 41, difetto assoluto di imputazione si ha ;

1.º negli attaccati da malattia mentale , nei dormienti e negli ubriachi ;

2.º negli ignoranti e negli erranti ;

3.º negli inviti ; e

4.° nei coatti; e ciò quando risultasse chiaramente che nella violazione delle leggi penali ognuno di essi mancò di coscienza de' suoi atti, e di libertà di elezione .

Accennavamo ancora nell'esame di ognuna delle dette categorie di agenti, in quali casi, la causa dirimente non constatata mediante il concorso degli estremi voluti dalla scienza, sottentrava a loro favore una causa diminvente. Ora con maggior precisione tratteremo una tal materia, prendendo in rassegna le indicate categorie una ad una .

I mentecatti, i dementi, i furiosi possono non essere intieramente privi della ragione, goderne perciò in parte. I primi perchè la loro mente abbia conservato e ritenuto dei germi di intelligenza che potevano essere ostacolo alla prava intenzione; i secondi perchè l'alienazione mentale che li affligge non sia completa a segno da avere spento ogni lume di intelligenza; i terzi per avere agito nei momenti di lucido intervallo. In tali casi, se non possono ottenere la impunità, hanno diritto di esser puniti

con pena assai minore di coloro che nello agire erano nel pieno possesso della loro ragione; e la lor punizione star deve sempre in corresponsività di quei maggiori o minori gradi di intelligenza, dei quali nel commettere l'azione criminosa erano provveduti. La legge non può in casi simili somministrare al magistrato regole e criterii per misurare la repressione; li abbandona perciò alla di lui religione, che non ha altra guida, che l'esame dei fatti che hanno preceduto, accompagnato e seguito l'azione criminosa .

Abbiamo già detto (vol. I pag. 284) che le azioni commesse nel sonno non sono imputabili che per il lato della colpa, quando cioè il sonnambulo il o dormiente non hanno il primo durante la vigilia removedo gli oggetti dei quali sapeva di fare uso pericoloso nel sonno; il secondo nella vigilia prese le necessarie precauzioni, usate le opportune diligenze per non nuocere altrui mentre dormiva. Ognun vede per altro quanto è tenue la imputazione di costoro, mentre dal dolo discende alla colpa, ed è perciò

che mitissima sarà la pena dovuta all' uno ed all' altro, sempre però nel caso, che la legge permetta l'esercizio dell' azione penale colposa per il delitto commesso nel sonno (V. art. 35). Quando ciò non fosse andrebbero immuni da pena.

Abbiamo ancora tenuto proposito (vol. I pag. 288) ed a lungo dei delitti commessi nello stato di ubriachezza, indicando i casi nei quali questa è causa dirimente la imputazione. Se la ubriachezza sarà in quel primo grado che chiamasi *esilarazione*, se sarà giunta al secondo che appellasi ubriachezza media, tanto che rimanga all' ubriaco un lume di ragione, egli è imputabile nel primo caso assai più, nel secondo meno, e sempre in corrispondenza dei gradi di ragione a lui rimasta, tenuta ognora ferma la maggiore severità nel punire nell' ubriachezza volontaria, *et eo magis* nell' abituale. Ancor qui il calcolo della pena deve sempre abbandonarsi al giudizio dei fatti ed alla coscienza del magistrato. Quando poi si tratterà di ubriachezza piena, volontaria, e più, abituale, l' ubriaco dovrà esser

punito per il lato della colpa, per essersi volontariamente dato ad eccessive potazioni, dalle quali la sua completa ubriachezza è derivata, sempre però nella ipotesi, che per quel delitto la legge dia esercizio di azione penale per colpa.

Abbiamo, tenendo dietro ai precetti della scienza, esposto (vol. I pag. 292) che la sola ignoranza ed errore di fatto essenziale, invincibile, ed involontaria dirime la imputazione; ed abbiamo aggiunto che la ignoranza ed errore di diritto non scusano mai; che la accidentale potrà scemar la pena, se i fatti adietti ignorati lo consentivano; che la vincibile e la volontaria davano luogo alla colpa; in quest' ultimo caso ricorre la regola poc' anzi allegata, che cioè la legge ammetta, per il delitto nel quale la colpa è intervenuta, l'esercizio dell' azione penale.

Sugli *inviti* osservammo (vol. I pag. 297) essere immune da pena solo quello, che abbia dovuto soggiacere ad un uomo più potente e più robusto, sicchè ogni opposizione e resistenza divenisse inefficace; ora se l' uomo *invito* avesse potuto u-

tilmente resistere, e non lo avesse fatto, imputazione in lui nascerebbe, che farebbe meritare una pena per l'atto criminoso commesso, da misurarsi secondo il risultato dei fatti e la maggiore o minore attitudine alla resistenza: aggiunsemo anche, che è d'uopo escludere essersi trovato l'invito in quella terribile posizione senza sua colpa; perchè se prevedeva o poteva prevedere ciò che gli è avvenuto, e non ha saputo evitarlo, rimane responsabile di colpa, semprechè per quel delitto la legge accordi l'azione penale colposa.

Finalmente rapporto al coatto osservammo (vol. I pag. 300) che il timore reverenziale ed il panico, sono causa diminuyente la imputazione. La misura della pena star deve sempre in corresponsività della influenza che ha avuto uno dei timori suddetti nell'animo di chi l'ha sofferto. Questo calcolo non può farsi che sopra l'andamento dei fatti, e dietro un maturo esame sul carattere della persona incolpata; quindi deve esser rilasciata alla coscienza dei giudici. Abbiamo anco esposto, nella ri-

correnza del timor grave, gli estremi che accompagnar debbono il moderame dell'incolpata tutela per dichiarare il delitto non punibile, perchè commesso in stato di legittima difesa; ed abbiamo soggiunto, che se pure uno di tali estremi non concorreva nell'azione criminosa, nasceva la imputazione per lo eccesso avvenuto nella difesa medesima. E qui pure, la diminuzione di pena che devesi per il citato eccesso, non può desumersi che dallo stato dei fatti, e rimane però nel prudente arbitrio del giudice.

Esaurite le già notate categorie che avevano una dipendenza necessaria e diretta col disposto dell'articolo 54 del Codice, resterebbe a parlare di altra causa diminuyente la imputazione, della quale la scienza fa specialmente parola. Questa causa si ravvisa nell'impeto degli affetti. Essa ha una ragione comune con le altre di cui ci siamo fin qui occupati, in quanto che il bollore delle passioni diminuisce nell'agente la volontà e la libertà.

Questa causa poteva esser compresa fra quelle che

dirimono o diminuiscono la imputazione, delle quali la nostra legge penale fa menzione all' art. 43, perchè l' impeto degli affetti sebbene non sia mai causa dirimente, è per altro causa diminvente la imputazione. Avrebbe perciò potuto aver sede nell' articolo in esame, che tien proposito delle cause diminuenti; ma il legislatore ha creduto, forse con buona ragione, trascurarla, per occuparsene nel secondo libro al momento nel quale parlava di quei delitti nei quali l' impeto degli affetti suole sovente incontrarsi.

Crediamo nostro debito, a complemento di ciò che abbiamo esposto nel nostro commento all' articolo 54, e diremo anche all' articolo in esame, di sommarariamente riferire i precetti che la scienza penale somministra sull' interessante materia dell' impeto degli affetti. Con ciò ci terremo per esonerati dal ritornarvi, quando il Codice nel libro II ci richiamerà su tale argomento.

Volgata è la distinzione del dolo, in dolo di *nequizia*, o di *proposito*, e in dolo d'*impeto*; il primo è risultato di una in-

tenzione calma, ragionatrice, fredda; il secondo è prodotto dall' impeto di una passione, che parzialmente coarta la volontà, provocandola all' azione criminosa.

Molte sono le passioni che agitano la mente umana, ed ognuna di esse può esser causa, spinta all' azione criminosa: mentre debbono ravvisarsi come eccezione della specie umana quei scellerati individui, che violano le leggi di natura e civili per il solo istinto del mal fare, senz' altro motivo che ve li spinga; per altro non tutte le passioni che hanno prodotto i delitti sono giuridicamente atte a scusarli, perchè, come ben dice l' egregio Carnignani (*El. jur. crim.* § 136) se ciò avvenisse, anche i più atroci verrebbero scusati come quelli che sempre da patemi d' animo, da passioni, di qualunque natura esse sieno, hanno origine.

Quindi è, che la legale scusa di cui intendiamo occuparci, è quella che nasce dall' impeto della passione concitata da atto improvviso ed istantaneo, che accende e turba l' animo dall' agente, e che lo spinge ad

agire sotto la influenza della passione medesima, nello stesso momento della ricevuta concitazione. Dal che emerge che la spinta sofferta, oltre ad essere improvvisa, deve avere il suo compimento nel breve periodo nel quale la passione domina la mente dell' agente, mentre se altrimenti fosse, sia perchè la causa impellente al delitto preesistesse, sia perchè uno spazio di tempo fosse interceduto fra la sorta passione ed il delitto eseguito, noi saremmo fuori del caso dell' impeto, e saliremmo al dolo di proposito, dappoichè nell' uno e nell' altro caso la ragione umana deve avere ripreso il suo impero nell' animo dell' agente, che non può allegare a suo favore gli effetti di una passione, che è stato in grado di dominare.

Infatti i migliori scrittori della scienza (*Cremani Jur. Crim. lib. I par. 1 cap. 2 §§ 8 e 8.* — *Carmignani loc. cit.* — *Renazzi elem. jur. crim. lib. I cap. 5 § 8.* — *Poggi elem. jur. crim. lib. I cap. 1 § 21.* — *Giuliani Istit. di Dirit. crim. cap. III § 6.*) riducono la scusa che nasce dall' impe-

to degli affetti alla esplosione dell' ira che ha, come dice il poeta, breve durata, mentre presto sorge, sollecitamente si calma, e se ritiene le tracce della ricevuta impressione, queste si cangiano in un atroce e ponderata vendetta. Le altre passioni sorgono a poco a poco, e invece di trascinare la mente umana, l' allettano, la lusingano. All' ira sogliono i detti scrittori aggiungere il giusto dolore, cagionato repentinamente ed improvvisamente dallo esser presenti alla violazione dei più sacrosanti diritti, come avverrebbe nel proprietario che sorprendesse il ladro notturno nella propria casa, nel marito che trova in delitto flagrante la moglie e l' adultero; essendo facile il comprendere che costoro agiscono sotto la impressione di una giusta collera, mossa dagli atti lesivi della loro proprietà o del loro onore. Checchè sia di ciò di gran peso è, nel determinare la pena, l' influenza del giusto dolore, nelle azioni criminose; le leggi Romane predicano — *difficilimum est justum dolorem temperare* — (*leg. 30 § ff. ad leg. jul. de adult. e leg.*

3 § 3 ff. *ad SC. Silanan*) e nei casi da noi in ultimo tracciati spingevano gli effetti della scusa fino alla impunità; nel che per altro la scienza non ha del tutto annuito.

Tutto ciò premesso, passiamo adesso ad indicare le regole che la scienza stessa insegna per calcolare la imputazione dei fatti criminosi avvenuti sotto la influenza dell' impeto degli affetti. Ci riporteremo in proposito all'autorità del Prof. Carminiani (*loc. cit.* § 157) che è quella seguita dai migliori scrittori di diritto penale.

Quattro, dice il suddetto autore, sono le ispezioni sulle quali il calcolo preindicatedo deve posare 1.° la maggiore o minore giustizia della causa che ha eccitato l'ira; 2.° la minore o maggiore gravità del male cagionato dal delitto, di fronte alla spinta sofferta per commetterlo; 3.° la maggiore o minore facilità di commettere il delitto nel bollore della collera; 4.° finalmente l'intervallo del tempo passato fra la passione suscitata e la consumazione del delitto.

Esposto quanto ci sembrava necessario su questa causa di-

minuente, scendiamo ora all'esame dell' articolo.

Osservazioni sull' articolo.

Le parole, di cui la legge si serve per esprimere il concetto che domina tutto l'articolo, sembrano alla nostra tenuità poco adatte a suggerire una chiara idea. Infatti il dire che *l' agente si trovi in uno stato vicino a quello che esclude interamente la imputazione*, oltre non esser modo di esprimersi che si convenga alla maestà della legge, ma piuttosto si adatti al sermone popolare, lascia in un vago ed in un indeterminato che mal serve a dirigere la mente de' giudici, e si presta talora ad una ristretta, talora ad una lata applicazione, secondo il diverso modo di giudicare ed apprezzare degli uomini. Qual criterio si può suggerire per segnare i gradi della *vicinanza* da cui la legge si parte? Debbono scegliersi quelli che stanno ad immediato contatto con le cause riconosciute come delittuosi, o devonsi invece comprendere gli altri che da essi si discostano? Qual sarà il li-

mite, passato il quale, si escirà dalle disposizioni della legge? Qual sarà la modula di punizione che la legge segna per quegli atti, che non fossero vicini alla causa dirimente, ma che pure, secondo i precetti della scienza, formano scusa al delinquente?

Noi ci siamo dati cura di indagare nelle espressioni sopra referite, quale potesse essere il concetto del legislatore. Nostro primo pensiero è stato quello di consultare la già tante volte citata *Teorica del Codice Penale*, perchè ci servisse di aiuto. L'egregio autore dell'opera stessa, in tre distinti luoghi parla dell' articolo in esame, cioè a pagg. 51, 56 e 93; nel primo in parole più esplicite, negli altri due in un modo generale. Di questi ultimi non occorre far parola, perchè non somministrano la desiderata spiegazione; in quello ove parla dell' alienazione mentale, così si esprime « ivi » *Ma » se l' alienazione mentale » non era piena, o l' imbecillità non era assoluta, o la » perturbazione dei sensi, o » dell' intelletto, non era tale, dove troverà le sue*

» norme direttive il giudice » criminale? » Queste parole comprendono in se stesse, a parer nostro, tutti i gradi di imputazione, che intrinsecamente nascono dallo stato più o meno incompleto di alienazione mentale, dalla imbecillità non totalmente escludente l' intendimento umano, dalla parziale perturbazione dei sensi e dell' intelletto, e così tanto che egli sia vicino allo stato di alienazione, quanto da questo sia lontano, ma non goda per altro della sua piena e perfetta intelligenza. Ma l' elogiato autore rispondendo alla interrogazione che a se medesimo dirige, osserva che lo scioglimento della proposta questione si trova al disposto dell' articolo 64. Saremmo dunque autorizzati a ritenere, che questo articolo, in onta alla sua chiara lettera, comprende tutti i casi tanto vicini che lontani da quello stato dell' agente descritto all' articolo 54. Noi, cui fa violenza la lettera della legge, in essa persistendo, avremmo creduto essere stato il concetto del legislatore il seguente, se un riflesso importante non ce lo avesse mostrato i-

naccettabile in alcuni casi, di cui in breve terremo parola. Inclineremmo a credere, che il legislatore avesse avuto in mira i soli casi i più gravi, mediante i quali la causa diminvente rasentava quella dirimente, ed ove la di lui umanità e giustizia ravvisava la necessità di molto deflettere dal rigore della pena; e questo concetto sembra provato dalla latitudine che egli ha accordata ai tribunali nel determinare la punizione, latitudine incomprendibile nei casi medii o minimi, in quelli cioè nei quali la intelligenza, la volontà e libertà erano menomate e rispettivamente coartate in tal grado da ritenere una maggior dosè d' imputazione. Facile è poi nel caso da noi designato l' aggiungere, che il legislatore stesso avrebbe lasciato all' arbitrio dei tribunali, come giudizio di fatto, il decidere il grado di *vicinanza* di cui abbiamo parlato. Degli altri casi poi dal legislatore non compresi nell' articolo in esame, avremmo opinato avere essoprobabilmente creduto che trovassero la loro sanzione nella latitudine che ha lascia-

to ai giudici per designare le pene *relativamente determinate*.

Ma questo nostro concetto non si adattava ai casi nei quali la legge minaccia una pena *assolutamente determinata*, dalla quale non può deflettersi senza una speciale disposizione. Ora se la nostra interpretazione fosse accettata qual ne sarebbe la conseguenza? Che nei casi *non vicini* alla causa dirimente dovrebbe applicarsi la pena capitale e l'altra perpetua, in onta che fosse provato che l' agente non trovavasi in quel pieno stato d'intelligenza, di volontà, e libertà che è presupposto dal legislatore, quando minaccia o l' una o l' altra delle dette pene, il che sarebbe un gravissimo errore giuridico.

Dopo tutto ciò, a noi sembrerebbe, che la migliore interpretazione da darsi all' articolo in discorso, fosse quella che più si accorda con i principii della scienza, cioè la generale, comprensiva di ogni causa legale di scusa, quella in una parola che si uniforma col concetto da noi riferito del dotto autore della *Teorica del Codi-*

ce Penale. Ed una tale interpretazione presa nel senso più lato, trovasi anche coerente a quanto in proposito dispongono il Codice Sardo (art. 106) e il Parmense (art. 63) il cui tenore non offre davvero occasione a quelle incertezze che sorgono dall'articolo in esame.

Abbiamo detto, che la legge penale rilascia al prudente arbitrio dei magistrati un largo campo alla repressione. Infatti nella lettera *a* vediamo che quando il delitto è minacciato di morte o di ergastolo, i giudici possono discendere « ivi »
» *ad una specie penale infe-*

riore » il che significa che sta in loro potere di percorrere fino alla carcere inclusive (*vedi art. 63*) tutta la scala penale, se bisogna, per trovare la pena corrispondente; ed alla lettera *b* nelle pene temporarie relativamente determinate, possono scendere al di sotto del limite minimo, o anche ad una specie penale inferiore, sempre fino alla carcere inclusive; in queste larghissime disposizioni il nostro Codice si uniforma al Sardo e al Parmense, che prescrivono a casi uguali la pena del carcere, e la casa di correzione.

ART. 65. — Ogni qualvolta è permesso di passare da una specie superiore ad una specie inferiore di pena, si intende eccettuata la carcere, dalla quale non si può discendere ad alcuna specie penale inferiore, che nei casi e nei modi espressamente stabiliti dalla legge .

Osservazioni sull' articolo.

La legge presuppone il caso che nel passaggio da essa specialmente permesso da pena superiore a pena inferiore (ne abbiamo l' esempio nell' art. precedente) si incontri quella del carcere ; in questa contingenza essa nega il permesso passaggio a quella che immediatamente succede , e ad altra inferiore, se da lei non è specialmente ed appositamente ordinato .

Ognun vede, che se si fosse dovuto stare alla regola generale, dalla carcere sarebbe stato d' uopo, discendendo, passare all' esilio ; ciò è vietato ; e la ragione si presenta a colpo d' occhio . La carcere ha per limite minimo un giorno , per limite massimo sei anni nei casi ordinarj . Gran campo resta adunque ai giudici onde opera-

re una diminuzione in detta pena , nei casi nei quali è loro concesso di recedere dalla pena ordinaria , e percorrendola nei più angusti suoi limiti adeguare la repressione alla tenuità del fallo . Nè conciliabile sarebbe stato il passaggio dalla carcere all' esilio, mentre il limite minimo di questa pena essendo di due mesi, il passaggio autorizzato, con lo scopo di favorire il delinquente, si sarebbe convertito in suo danno.

Fin qui la disposizione è fondata su buone ragioni. Ma l' articolo in esame si spinge più oltre, mentre vieta non solo la discesa dal carcere all' esilio , ma anche dalla carcere , tolto di mezzo l' esilio, alle pene inferiori , le quali sarebbero la multa e la riprensione giudiziale. Qual può essere la ragione di questa proibizione ? Noi non sappiamo rintracciarla , e nel-

la nostra tenuità avremmo considerato, che tal divieto non esistesse .

Ed invero, supponiamo che il delitto fosse dalla legge penale minacciato degli ultimi gradi della pena della carcere; supponiamo che a favore del reo esistessero circostanze diminuenti, per le quali la stessa legge autorizza il passaggio di una pena superiore alla inferiore ; supponiamo che la giustizia esigesse di risparmiare al delinquente, più sciagurato che colpevole, la perdita assoluta della libertà , anche per ventiquattro ore . Che inconveniente vi sarebbe a dare ad esso , invece della carcere , il minimo grado della multa , o

la riprensione giudiziale? Nessuno a parer nostro .

Ma si può obiettare che quando la legge ha creduto giusta questa sostituzione di pena l'ha ammessa . Ciò per altro, a parer nostro, non esclude che in altre contingenze dal legislatore non prevedute , nè potute prevedere , ricorrer possa la necessità di quella sostituzione. Infatti viene ammessa nell' art. 232 nelle lesioni personali, nelle quali l'agente è stato provocato ; non può verificarsi il caso che possa esser giusta, quando ricorrono le circostanze diminuenti previste dall' art. 64 in delitto della stessa politica importanza di quello sopra enunciato ?

ART. 66. — Quando il colpevole dee soggiacere ad una pena, designata in una parte di quella , che è minacciata ad un altro caso , i tribunali possono discendere , quanto bisogna, al di sotto del limite inferiore della rispettiva specie penale, salvo ciò che è ordinato nell' articolo seguente .

Osservazioni sull' articolo.

L' articolo sopra trascritto prevede il caso nel quale i tribunali sieno autorizzati ad infliggere una parte della pena minacciata ad altro caso, e permette loro di discendere al di sotto del limite inferiore della rispettiva specie penale .

Alcuni esempj renderanno più chiaro il disposto di questo articolo .

L' articolo 38, che abbiamo già commentato , alla lettera **c** dà al minore di età che ha compito il 14.^o anno il quarto fino alla metà della casa di forza , e dell' esilio particolare che si applicano al maggiore .

L' articolo 45, che pure abbiamo commentato, alla lettera **c**, e l' articolo 47 alla lettera **c**, assegnano all' autore del tentativo, e a quello del delitto

mancato rispettivamente, una porzione non mai maggiore della metà, nè minore dei due terzi della pena dovuta al delitto consumato .

Finalmente l' articolo 56 alla lettera **c** minaccia all' ausiliatore fino a due terzi della quantità della pena dovuta all' autore .

Ora può avvenire sovente in questo calcolo di diminuzione, che la pena da infliggersi sia minore del limite minimo assegnato a ciascuna pena; per esempio la casa di forza ha per limite minimo tre anni (art. 16) ; l' esilio due mesi (art. 21) . Figuriamoci dunque che la pena rispettivamente dovuta al maggiore di età , al reo del delitto consumato fosse o di tre anni di casa di forza , o di due mesi di esilio; dovendosi assegnare, secondo i diversi ca-

si al minore, al debitore del tentativo, o del delitto mancato, o all' ausiliatore, una porzione di pena, questa rimarrà sempre inferiore dei due indicati limiti minimi delle pene suddivisate. Ed ecco che in questi casi l' articolo in esame permette di recedere dalla gradazione dal Codice definitivamente fissata. Lo stesso può avvenire quauda la pena determinata al delitto fosse maggiore di quella da noi sopra preveduta, ma per la diminuzione dalla legge permessa, venisse a risolversi al di sotto del limite minimo alla medesima assegnato.

Inutile è il dire che nelle previsioni della legge in esame non entra, nè può entrare la pena della carcere, in quanto che il di lei limite minimo essendo un giorno, non è suscettibile di un decrescimento.

Ma se nel determinare la parte della pena stabilita al delitto, come sarebbe per esempio la metà, i due terzi, si uscisse dai confini dalla legge prefissi alla divisibilità delle relative pene, cosa dovrebbe farsi? (art. 16 § 3, art. 24 § 5) per esempio sette anni di casa

di forza, e due di esilio ridotti ai due terzi, portano 28 mesi della prima e 8 mesi della seconda: ma siccome la casa di forza è nella quantità di 7 anni divisibile a semestri, e quella dell' esilio a trimestri, così nell' uno e nell' altro caso mancherebbe la norma di divisibilità prescritta dal legislatore, mentre nei 28 mesi entrano quattro semestri, più un quadrimestre, e negli otto, due trimestri ed un bimestre.

Al proposto quesito rispondiamo, che la legge nel caso prescritto all'art. in esame, ha autorizzato a discendere *quanto bisogna*, e solo si è data cura nell'articolo che segue, di evitare l' inconveniente di ridurre a minima durata le predicate pene, sicchè sembra non essersi in questi casi eccezionali data cura di tener fermo, ciò che nei casi ordinarij aveva stabilito; e di ciò è una riprova il contenuto all'art. 68 di cui dobbiamo occuparci in breve, ove ha espressamente ordinata la osservanza delle regole che governano la divisibilità delle pene, il che se avesse creduto necessario stabilire nelle ricorrenze di cui ci occu-

piamo, non lo avrebbe omissso. osservare le regole prescritte
Dunque nei previsti casi non alla divisibilità delle pene .
sono i Tribunali obbligati ad

ART. 67. — Se, in virtù di qualunque motivo, per cui la legge autorizza ad abbassare la pena al di sotto del limite inferiore, la casa di forza venisse ridotta a meno di un anno, o l' esiglio particolare a meno di un mese, si sostituisce alla casa di forza altrettanto tempo di carcere, ed all'esiglio una multa fino a trenta lire, o la riprensione giudiziale.

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo non è che la continuazione del precedente, mentre impone una limitazione alla regola generale da quella stabilita. Infatti il legislatore prevede il caso, che con l' abbassare la pena al di là del limite inferiore assegnatole, si scenda ad una sì tenue frazione, da rendere inopportuna, incongrua la pena stessa, e per scansare questo inconveniente esige che si passi alla pena inferiore, che immediatamente succede alla determinata: Se la casa di forza fosse ridotta, dice l' articolo che commentiamo, a meno di un anno, deve convertirsi in altrettanto tempo di carcere, e se l'esiglio particolare viene limitato a meno

di un mese, ad esso si sostituirà, o la multa fino a trenta lire, o la riprensione giudiziale. Ognun vede quale scapito nella pubblica opinione avrebbe quella legge che riducesse a sì breve durata la più severa fra le pene temporarie destinata a reprimere i delitti gravi, e quale ridicolo incontrerebbe, se la pena dell' esiglio particolare avesse una durata di pochi giorni. Sicchè la conversione dell' una e dell' altra diveniva una necessità politica.

Nella nostra introduzione a questa opera (pag. xxiv.), abbiamo osato palesare la nostra opinione sulla eccessiva tenuità del limite inferiore della casa di forza fissato dalla legge penale a soli tre anni; le ragioni che abbiamo addotte, perchè fosse

portato a sei o sette anni almeno, crescono di valore di fronte all'articolo in esame, che permette la riduzione del limite suddetto fino ad un anno.

Questo articolo ed il precedente ci scuoprano un non lieve inconveniente che nasce dal sistema punitivo dal Codice adottato ; consiste questo nel sottoporre a maggiore, o uguale punizione il reo che è assistito da scuse legali, di fronte ad altro che non ha scusa alcuna da addurre .

Ci serva di esempio il Codice stesso per schiarire il nostro concetto . L' art. 386 del Codice penale punisce il reo di furto qualificato con la pena della casa di forza da tre a dodici anni. I tribunali sono dunque autorizzati a spaziare in questo largo campo, quanto a loro piace senza renderne conto, a tal che anche limitandosi a soli tre anni saranno sempre entro i limiti determinati all'uso del loro prudente arbitrio .

Andiamo adesso all' art. 38 lettera c , ove si tratta della pena da infliggersi al minore di età, designata in un quarto fino alla metà della pena dovuta al maggiore . Nel caso in esame

la pena da irrogarsi al minore debitore del detto furto sarebbe di nove mesi ai sei anni di casa di forza, o, per meglio dire, di nove mesi di carcere, secondo il disposto dell' articolo in esame , a sei anni di casa di forza .

Nel designare questa quota ci siamo partiti seguendo il sistema del Codice , dal limite minimo per giungere al massimo, e non potevamo diversamente istituire il nostro calcolo di fronte alla ipotesi, facilissima a verificarsi, che noi andiamo a fare .

Figuriamoci il caso di due delinquenti rei di furto qualificato, uno maggiore di età, l'altro minore , e che al primo piaccia al Tribunale infliggere il massimo della pena di dodici anni ; al minore , stando alla legge, non dovrà infliggersi che la detta pena da tre ai sei anni . Ma se questa di fronte alla legge è la pena destinata al maggiore di età, perchè siamo sempre nei limiti legali , come si potrà irrogare al minore ? La scusa della età a lui che giova, subito che è punito alla pari di quello che può esserlo un delinquente ordinario ?

Ma facciamo un'altra ipotesi anche più stringente, quella cioè di due delinquenti per furto qualificato, giudicati da due tribunali. Ad uno viene assegnata la pena di sei anni di casa di forza: all'altro, benchè minore, viene assegnata la stessa pena in egual quantità. Il fatto di cui si sono resi debitori è identico. In tal caso la punizione non sarà grave? Non ne saranno però redarguibili i giudici, i quali usarono del loro diritto, spaziando dal limite minimo al massimo.

Lo stesso è a dirsi degli altri casi, fra i quali vi sono quelli del tentativo e del delitto mancato.

Tali sono li inconvenienti che noi deploravamo, e che bene e freddamente ponderati non sono tenui. Essi non si incontrano nei Codici Italiani, i quali a ciascuna pena temporaria hanno assegnato gradi entro i

quali possono i giudici spaziare; a ciascun delitto hanno assegnato un grado; e quando si è trattato di prevedere la esistenza di scuse legali per cause diminuenti, hanno autorizzato i giudici a discendere, talora un grado, talora due, nella pena minacciata a quel delitto; e così non avviene, nè può avvenir giammai che la stessa pena che può infliggersi al maggiore, al reo di delitto consumato, venga a percuotere il minore, o chi fosse debitore di tentato o mancato delitto. Il nostro Codice al contrario si è limitato a prescrivere la minima e la maggior durata di ciascuna pena, ma nello applicarle ai delitti non le ha graduate, contentandosi di designare la loro durata entro certi spazi; e questo metodo, nuovo per noi Italiani, produce il rimarcato inconveniente.

ART. 68. — Allorchè la legge prescrive, che in un caso più grave riceva un aumento la pena minacciata ad un caso men grave; quell' aumento si sottopone, come quantità separata, alle regole, che governano la divisibilità della rispettiva specie penale .

Il nostro Codice nella sua seconda parte che parla dei delitti in specie, prescrive talora un aumento alla pena da lui sancita nel caso semplice, quando lo trova accompagnato a gravi circostanze. Così all' art. 377 ritiene il furto semplice come aggravato, quando ricorre una delle molte eventualità che nell' articolo stesso chiaramente enumera ; e nell' art. successivo 378, per quei tali furti che chiama *aggravati*, si aumenta la pena dovuta al furto semplice di una quota nè minore di un mese, nè maggiore di un anno, che sta a rappresentare la circostanza aggravante .

Ora l' articolo in esame insegna ai Tribunali in qual modo debbano condursi nella ricorrenza dei casi previsti, ordinando loro di sottoporre l' aumento prescritto, come quan-

tità separata, alla pena minacciata al caso semplice ; il che vuol dire, che i Tribunali debbono prima determinare la pena che credono dovuta al caso semplice, ad essa condannare il reo, e quindi, fissata la quantità che credono necessaria a rappresentare l' aumento, a quella debbono condannare lo stesso reo, quasi che fossero due pene separate e distinte .

Con molto accorgimento e saviezza la legge prescrive il già indicato procedimento . Se i Tribunali confondessero e cumulassero in una sola quantità la pena dovuta al caso semplice, e l' altra prescritta all' aggravamento, mancherebbe ogni mezzo a conoscere se i limiti tracciati alla pena primitiva, e gli altri prescritti alla pena aggiunta, fossero stati osservati; il quale inconveniente è affatto eliminato con il meto-

do dal Legislatore immaginato.

Vuole il Legislatore di più nell' articolo sopra trascritto, che l' aumento della pena sia sottoposto alle regole che governano la divisibilità delle pene , e ciò è giusto , mentre avendo prescritto agli art. 16 , 17, 21 e 22 i limiti massimo e minimo, ed il modo di dividere

la durata e l' ammontare delle pene della casa di forza, della carcere , dell' esilio e della multa , è debito dei Tribunali che sono chiamati ad applicarle, di osservare con puntualità e precisione le norme suddivise , anche nel determinare l' aumento di cui sopra .

ART. 69. — § 1. — Il tempo d'una custodia illegale, o d'un prolungamento di custodia legale, si detrae, secondo il ragguaglio stabilito nell' art. 75, dal tempo della pena restrittiva relativamente determinata, in cui si debba condannare il colpevole, ancorchè questa venga, per tal detrazione, a discendere al di sotto del limite inferiore.

§ 2. — E se la pena, in cui si debba condannare il colpevole, è una multa, si diffalcano dalla medesima tante cinque di lire, quanti sono stati i giorni della custodia illegale, o del prolungamento della custodia legale.

Leggi Romane.

La Romana sapienza, che sa temperare il rigore con l'equità, insegna, che a coloro che hanno passato un non breve spazio di tempo nella carcere di custodia sotto la imputazione di un delitto, debba quella carcere ad essi imputarsi in diminuzione della pena cui fossero per esser condannati, tosto che sieno dichiarati rei di quel delitto. Così in sostanza dispongono le due seguenti leggi; una del giureconsulto Mo-

destino, l'altra dell'Imperatore Teodosio e Onorio, così concepite — *Leg. 25 ff. de poenis*
 » ivi » *Si diutino tempore a-*
 » *liquis in reatu fuerit, ali-*
 » *quatenus poena ejus suble-*
 » *vanda est. Sic etiam con-*
 » *stitutum est, non eo modo*
 » *puniendos eos qui longo*
 » *tempore in reatu agunt, quo*
 » *eos qui in recente senten-*
 » *tiam excipiunt; non potest*
 » *quis sic damnari, ut de saxo*
 » *praecipitetur — Leg. 23*
 » *Cod. de poenis* « ivi » *Omnes*
 » *quos damnationis conditio*

» *diversis ex illis destinatos ,*
 » *metas temporis praestituti*
 » *in carceris implese custo-*
 » *dia deprehenderit ; solutos*
 » *poena , vinculisque laxa-*
 » *tos, custodia liberari prae-*
 » *cipimus, nec formidare mi-*
 » *serias ullas exilii . Sit sa-*
 » *tis immensorum cruciatum,*
 » *semel luisse supplicia; ne ii*
 » *qui diu privati sunt aurae*
 » *communis haustu et lucis*
 » *aspectu , non intra breve*
 » *spatium catenarum ponde-*
 » *ribus praegravati , etiam*
 » *exilii poenam sustinere ite-*
 » *rum compellantur » .*

• Su queste due leggi elegantemente scritte , i criminalisti sì antichi che moderni hanno fondato la teoria che la carcere di custodia indebitamente sofferta, o fuor del bisogno protratta, sia causa di diminuzione di pena ; alcuni appoggiati all' ultime parole della legge in prima riportata, *non potest quis sic dannari ut de saxo praecipitetur*, hanno ritenuto che comprendesse qualunque pena, anche la capitale e la perpetua , e che in questi casi la diminuzione si operasse rapporto alla pena capitale con il passaggio alla perpetua , ed in

quanto a quest' ultima col discendere alla temporaria, prendendola nel più lato grado ; altri, e sono i più, hanno limitata la detta teoria alle pene temporarie soltanto , sul riflesso che , destinato il delinquente nella pena capitale a perder la vita, e nella perpetua alla perdita assoluta della libertà fin che egli vive, la di lui mansione soverchia nella carcere di custodia , spogliata adesso di quei cruciati di cui parla la già referita *Leg. Omnes*, non poteva aver recato ad esso alcun danno. (*Vedi Renazzi loc. cit. tit. 2 cap. 5 § 16. — Carmignani loc. cit. § 318. — Anton Matteo in tit. XLVIII ff. tit. 18 cap. 4 n. 26 , e cap. 5 n. 14. — Giuliani loc. cit. lib. I. cap. 5 § 4.*)

Giurisprudenza pratica .

Il nostro gius penale era coerente al parere degli scrittori in ultimo citati, i quali restringono, come abbiain detto, la diminuzione di pena per la carcere sofferta a beneficio di quei che sono stati condannati a pena temporaria. Ma per l'applicazione retta della diminu-

zione stessa, avea dettato alcune regole che meritano di esser da noi referite.

Distingueva la nostra giurisprudenza la carcerazione indebita, dalla carcerazione dovuta, ma soverchia. Le nostre leggi penali o di procedura, non designavano i casi nei quali era permessa la carcere di custodia; la pratica costante per altro li avea ristretti ai seguenti;

1.º in tutti i delitti di furto;

2.º negli altri minacciati dalle pene dei pubblici lavori, o della reclusione;

3.º nei ferimenti dolosi accompagnati a pericolo di vita, fino a che perdurava il pericolo;

4.º in tutti i delitti d'inservanza di pena.

Ora, quando la carcerazione di custodia era avvenuta in delitti che non la consentivano, tutto il tempo di carcerazione era al reo computato in diminuzione o sconto di pena.

Se poi avveniva che quella carcerazione per custodia, in principio legittima, diveniva indebita, perchè la sentenza di condanna escludeva *a priori*

quel titolo di delitto che l'aveva autorizzata, anche in questo caso tutto il tempo di carcerazione stava in diminuzione o sconto della pena inflitta.

Quando poi la carcere di custodia era dovuta, la pratica giurisprudenza esaminava, se era stata eccessiva nella sua durata; rilasciava cioè all'arbitrio prudente de' giudici il decidere se si era consumato più tempo di quello che era necessario per la istruzione del processo e per la decisione della causa. In tale giudizio i magistrati dovevano indagare, nella esistenza di un ritardo, se questo era avvenuto per le necessità della causa, per la pendenza di altri affari che avevamo impedito una più celere spedizione, o per colpa del detenuto, il quale avesse impegnato, per difendersi, il Tribunale in verificazioni molteplici, lunghe, involute, ed inutili, o finalmente per la negligenza di quei che delle giudiziali verificazioni erano incaricati. Nel secondo e nell'ultimo dei detti casi, i giudici determinavano il lasso di tempo nel quale consisteva l'eccesso, e lo ponevano a favore del con-

dannato in diminuzione o sconto della pena decretatagli; negli altri negavano a questo ogni scomputo, o perchè eccesso non vi era, o perchè era a lui imputabile.

Tanto nel caso di indebita carcere di custodia, quanto nell' altro di eccesso nella carcerazione legalmente ordinata, i tribunali toscani nello ammettere la diminuzione o sconto della pena, facevano questa valere, come se il condannato avesse passato il tempo, che a lui si abbuonava, a consumare la punizione inflittagli; il che valeva, che se era condannato ai pubblici lavori, il tempo della carcerazione diminuiva la durata di detta pena; se ai confini, se agli esilii, se alla carcere, si aveva lo stesso scomputo unicamente in ragione di tempo, non in ragione della indole della pena.

Finalmente, se la carcere di custodia aveva ecceduto l' anno, anche che fosse legalmente ordinata e necessaria, era sempre posta a favore del reo in diminuzione o sconto di pena, e se la condanna da questo riportata fosse dei lavori pubblici, quell' anno di carce-

razione si riteneva come equivalente ad un grado di detta pena; e se questa fosse stata ristretta al suo primo grado, si discendeva nella specie inferiore, diminuendola per un tempo corrispondente alla carcere di custodia.

Se poi la pena, cui il reo fosse stato condannato era pecuniaria, questa a lui diminuivasi dietro il calcolo prescritto all' articolo 112 della legge del 30 Novembre 1786, del quale parleremo nel commento al successivo articolo 71, e qualora la pena pecuniaria entro il notato calcolo rimanesse pienamente sodisfatta, e vi fosse anche luogo a sconto, si faceva l' abbuono del rimanente, sempre secondo lo stesso computo, sulle spese processali.

Questa era la nostra giurisprudenza fino al tempo della nuova riforma dei tribunali ordinata dal R.^o Motuproprio del 2 Agosto 1838 (*vedi Repertorii Catellacci e Cerretelli verb. carcere sofferta*). Niuno è che non veda quanto la giurisprudenza stessa concordasse con le leggi Romane, e con l' autorità degli scrittori di scienza penale, e con quanta equità ne

applicasse i principii .

Le DD. ed II. del 9 Novembre 1838 determinarono all' articolo 297 i casi nei quali poteva aver luogo la custodia legale; non fecero però che dedurre in legge quanto la giurisprudenza aveva stabilito; vi aggiunsero soltanto un quinto caso, che riguarda il forestiere debitore di una trasgressione ad una legge, che ordini l' arresto del trasgressore, fintanto che non ha questo data la cauzione voluta dalla legge medesima.

A queste disposizioni successe il Regolamento di Procedura Criminale de' 22 Novembre 1849, il quale all' art. 50, tenuto fermo il disposto al citato articolo 297, ai casi di custodia preventiva in esso indicati, aggiunse i seguenti, cioè

1.º le lesioni personali dolose riconosciute per gravi, ancorchè non accompagnate da pericolo di vita: sotto le nostre consuetudini giudiziali erano gravi quelle lesioni che avevano impedito al lesso di attendere alle ordinarie sue occupazioni per più di venti giorni ;

2.º le violenze contro l'autorità ; le resistenze alla pub-

blica forza ed ogni altra specie di pubblica violenza che portasse pena anco inferiore alla casa di forza di Volterra .

Qui per altro non si arrestò il citato Regolamento , mentre il Legislatore volle nei casi di custodia legale togliere all' arbitrio dei giudici il determinare la quantità della carcerazione eccessiva da computarsi in diminuzione o sconto della pena, fissando esso medesimo i limiti della custodia preventiva. Ed all' art. 54 ordinò, doversi computare, a diminuzione di altrettanto di quella qualunque pena affittiva temporaria nella quale taluno fosse condannato la detta custodia, ogni volta che avesse ecceduto lo spazio ,

1.º di cinque giorni nei delitti di competenza dei tribunali minori ;

2.º di un mese nei delitti di competenza dei tribunali di prima istanza ;

3.º di tre mesi nei delitti di competenza delle Corti Regie.

Ed il successivo art. 52 disponeva , che nella ricorrenza della pena pecuniaria , la carcere illegalmente sofferta dovesse computarsi nella pena

stessa col ragguaglio di lire cinque per ogni giorno di carcere.

Questo era lo stato della nostra legislazione penale fino alla pubblicazione del Codice. Da questa legislazione dunque si aveva ;

I. che la carcere di custodia era indebita, quando era ordinata fuori dei casi dalla legge permessi ;

II. che tutto il tempo di tal carcerazione doveva computarsi a favore del condannato in diminuzione o sconto della pena qualunque temporaria che egli avesse meritata , e se la pena era pecuniaria dovesse questa scontarsi alla ragione di lire cinque per ogni giorno di carcerazione indebita .

III. che avvenuta la carcere di custodia nei casi dalla legge autorizzati, la medesima era, in diminuzione della pena qualunque temporaria inflitta al condannato, da computarsi per quel tempo che oltrepassava rispettivamente i cinque giorni , il mese, ed i tre mesi, che il Legislatore credeva sufficiente per esaurire gli atti di verificaione ed il pubblico giudizio .

IV. che la diminuzione

suddetta non era mai ammessa quando esisteva condanna a pena capitale o perpetua .

Si possono in proposito consultare gli Annali di Giurisprudenza , quasi ad ogni volume .

Osservazioni sull' articolo.

Il R. Decreto del 20 Giugno 1853 che si occupò delle competenze criminali, ed il Codice, hanno indotto delle sensibili innovazioni, non solo alla legislazione precedente, ma anche alla giurisprudenza, che su tale materia erasi stabilita .

L'articolo in esame parla in genere della custodia illegale , del prolungamento della custodia legale, e del modo di scomputare , dalla pena restrittiva relativamente determinata, la detta custodia. Noi referiremo adunque quali sono i casi nei quali si verifica la custodia legale , e dal novero di essi verremo a conoscere quando si verifichi custodia illegale ; dopo di ciò parleremo del modo di scomputare la pena prescritto dal Codice penale; riserbando all' articolo successivo di parlare della misura stabilita alla carcere di custodia .

L' art. 9 del Decreto del 20
Giugno 1833 dispone » ivi »

» § 1. *La custodia preven-*
tiva avrà luogo ;

» *a) in tutti i delitti che*
sono delle competenze delle
Corti Regie ;

» *b) in tutti i delitti che*
sono di competenza dei Tri-
bunali di prima istanza, o-
gnora che la pena possa ec-
cedere due anni di carcere ;

» *c) nei delitti contro la*
sicurezza dello Stato che
sono contemplati all' art.
129 del Codice penale ;

» *d) nelle inosservanze*
dipena, ad eccezione di quel-
le contemplate all' art. 164
del detto Codice ;

» *e) nelle associazioni*
di malfattori di che nell' art.
421 del Codice medesimo ;

» *f) in tutti i furti .*

» § 2. *Quando la custodia*
preventiva è comandata dal-
la legge per il delitto con-
sumato, dovrà aver luogo
anche per il delitto manca-
to e tentato . »

Dalle or trascritte prescri-
zioni si ha, che i casi per i qua-
li è ammessa la carcere di
custodia preventiva, sono come
abbiamo premesso, di fronte al-

le abrogate leggi precedenti ,
assai aumentati .

Ora questa misura preven-
tiva dalla legge autorizzata, per
i politici riflessi di non dare a-
gio ai presunti rei di sottrarsi
con la fuga al meritato castigo,
e di impedire ai medesimi di
frapporre ostacoli alla giusti-
zia nel raccogliere le prove at-
te a scuoprire il vero , potrà
esser necessaria , o almeno u-
tile, in quei delitti che sono re-
pressi da pena correzionale, e
che dalla legge medesima sono
perciò tenuti di non grave im-
portanza ? Noi , sempre con il
dovuto rispetto alla legge , o-
siamo dubitarne , almeno per
tutti quei delitti che non ledo-
no la proprietà, perchè non sap-
piano scorgere un grave dan-
no dal lasciare i presunti rei
in libertà, quando, il darsi alla
fuga, o il fare impaccio alla li-
bera azione della giustizia, po-
tendo arrecare ad essi mag-
gior pregiudizio, è da credersi
che non vi si impegneranno ; e
ciò tanto più , di fronte ai non
lievi inconvenienti che reca la
custodia preventiva di costoro ;
l' obbligare cioè i Tribunali a
procedere ad una regolare in-
struzione scritta , nelle cause

di competenza media , quando potrebbero le medesime con maggior celerità portarsi al giudizio sulle informazioni preliminari, e su semplice citazione ; il non tenue dispendio che si dà alla pubblica finanza nello accrescere notabilmente il numero dei detenuti ; ed infine il riflesso di non estendere al di là del bisogno una misura politica, che privando della libertà i cittadini non rei , ma sospetti di reità, non stà a rappresentare la necessità di quella garanzia per la quale venne istituita .

Dalle statistiche che sogliono ogni anno redigere in Francia e nel Belgio, si ha che i detenuti, come sospetti rei di delitti, stanno, di fronte ai condannati, come tre ad uno . Da ciò facilmente rilevasi quanta parsimonia dovrebbe avere la legge nell' ordinare la carcere preventiva , tanto più quando essa non permette agli statisti la libertà provvisoria dietro cauzione , il che a noi sembra che sia una grave menda .

Ritornando al nostro articolo è evidente, che eccettuati i casi nei quali la custodia preventiva è autorizzata, è negata in tutti

gli altri, onde se per avventura si fosse proceduto all' arresto o detenzione di imputati di altri delitti, che quelli di sopra rammentati, quella detenzione è illegale, e perciò indebita. La differenza adunque fra custodia legale e custodia illegale in rapporto alla diminuzione o sconto della pena , consiste che nella prima la pena dovuta si diminuisce per la quantità a quella dalla legge determinata, e nella seconda per tutto il tempo della detenzione. Questo ultimo scomputo dal totale della custodia illegale, procede ancora nel caso in cui l' imputato sottoposto ad arresto per un delitto fra i compresi nel sopra citato articolo 9, dopo le fatte verificazioni risultasse invece esser debitore di un delitto più lieve, e così non compreso fra quei che autorizzano la carcerazione preventiva; mentre la giustizia esige allora che venga ad esso calcolata in parte di pena quella carcerazione che indebitamente e per un errore scoperto posteriormente, aveva sofferto. Tale era la giurisprudenza nostra , come abbiamo di sopra avvertito a pag. 200 vol. II , e non dissimile sarà

quella, che andrà a formarsi sulla vera interpretazione da darsi all'articolo che commentiamo.

Resta adesso a dire del modo che il Codice nostro prescrive per operare lo scomputo della carcere preventiva eccedente il tempo legale, o della carcere illegalmente subita.

Questo scomputo non si fa, come in passato, per altrettanto tempo della carcere sofferta di fronte alla pena inflitta qualunque essa si fosse, ma si opera secondo il ragguaglio prescritto al successivo articolo del nostro Codice. Questo articolo, sul quale a suo tempo dovrete occuparci, dice che due giorni di casa di forza, tre di carcere, e quindici di esilio particolare equivalgono scambievolmente fra loro. Così per esempio; a colui che è stato condannato alla casa di forza, il tempo che ha passato indebitamente nella carcere di custodia gli è computato per due terzi soltanto, cioè venti giorni ogni mese: a colui che è stato condannato alla carcere, il tempo di questa gli è diminuito di quanto appunto è durata la indebita custodia, e; a colui

che vien condannato all' esilio viene diminuita la pena con il calcolo di tre giorni di indebita detenzione ogni quindici giorni d' esilio, e così del quintuplo. Se poi l' uomo illegalmente detenuto per custodia, o che ha sofferto questa oltre i limiti dalla legge determinati, è rimasto condannato alla multa, il § 2 del nostro articolo vuole, che questa pena debba esser diminuita di lire cinque per ciascun giorno di carcere indebita. Anche su questo modo di scomputo ci tratteremo commentando l' articolo 75.

Quali sieno le pene relativamente determinate, lo dice il Codice all' articolo 32 lettere **b** e **c**.

L' articolo che commentiamo al § 1 dice, che la detrazione deve farsi, ancorchè per essa si discenda al disotto del limite inferiore: ciò porta alla conseguenza, che se per la detrazione stessa rimanesse a subirsi la casa di forza per un tempo minore di tre anni, e l' esilio per un tempo minore di due mesi (art. 16 § 2 e 21 § 2) questo solo tempo residuale sarà consumato nelle dette pene: e con ragione

perchè la legge nel calcolare la carcerazione preventiva finge, che per lo spazio che essa ha durato, il condannato ab-

bia cominciato anticipatamente a subire la pena posteriormente inflittagli.

ART. 70. — Esiste prolungamento di custodia legale, quando la medesima eccede lo spazio

a) di sei mesi, nelle cause spettanti alla giurisdizione delle corti regie ;

b) di tre mesi , nelle cause spettanti alla giurisdizione dei tribunali di prima istanza ;

c) di cinque giorni, nelle cause spettanti alla giurisdizione dei tribunali minori .

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo determina il tempo della durata della custodia legale . Abbiamo sopra veduto quali erano i limiti ad essa stabiliti dal regolamento del 22 Novembre 1849. Il nostro Codice tien fermi quelli assegnati dal detto Regolamento agli affari della minima giurisdizione criminale ; li triplica in quelli dipendenti dalla giurisdizione media ; li raddoppia negli altri che riguardano la massima .

Diciamo adesso , sempre con la dovuta reverenza alla legge, ciò che nella tenuità nostra crediamo sul primo e sul secondo aumento .

Nel 1849 il legislatore rite-

neva che in un mese, e rispettivamente in tre dalla loro introduzione, potessero portarsi alla pubblica udienza le cause della media e massima competenza . E a nostro credere egli non si ingannava, mentre quanto alle prime, ognuno sa essere per la immensa maggioranza portate alla pubblica udienza senza istruzione scritta, e sulla semplice citazione , e quanto alle seconde, che il periodo di tre mesi è più che bastante in nove decimi di esse ; e prova ne sia, che sotto il regime della convinzione legale, quando cioè esisteva necessità di ordire una procedura, da cui unicamente scaturivano le prove , tre soli mesi di tempo davansi ai tribunali istruenti per compilare

il processo, e l'esperienza mostrava che molte fra esse avevano termine nel periodo stesso. Ora la istruzione scritta non ha altro scopo che quello di fornire materiali al pubblico giudizio, ove tutto si decide e si definisce, e le forme che la regolano sono spedite e sommarie; e se vero è che i giudici d'istruzione debbono sempre dar preferenza a quelle cause nelle quali trovansi carcerati, ognuno si persuaderà, che noi non abbiamo esagerato nel dire che i termini prescritti dal Regolamento del 22 Novembre erano bastanti.

A ciò aggiungeremo che il termine di tre mesi dal Regolamento stesso creduto sufficiente ad istruire il processo ed a preparare il giudizio, è reputato più che bastante dalla legge Pontificia del 30 Settembre 1852, la quale all'articolo 29 stabilisce il trimestre per le verificazioni processali della maggiore competenza.

Ecco dunque ad appoggio della nostra opinione l'autorità d'una legislazione vigente in uno stato a noi vicino, tanto più apprezzabile, in quanto che professando essa il sistema in-

quisitorio, ha bisogno di una maggiore regolarità negli atti, unica fonte, d'onde debbono scaturire le prove.

Dopo la pubblicazione di detto Regolamento fino all'attuazione del Codice penale la procedura è variata, gli atti si sono moltiplicati? Certo che no; la procedura è a presso a poco la stessa, e non ha sofferto variazione alcuna che ne ritardi l'esaurimento. Forse che gli affari saranno in numero cresciuti, non perchè la quantità dei delitti sia maggiore, ma perchè il Codice allargando la competenza dell'azione penale pubblica, e rendendo della massima giurisdizione molti delitti che prima erano della media, ha cresciuto il lavoro dei tribunali d'istruzione. Ciò è vero, e noi lo abbiamo avvertito nella nostra prefazione a pag. xxviii. Ma ciò anche ammesso ci condurrà alla conseguenza di triplicare e rispettivamente raddoppiare il tempo necessario al disbrigo delle cause criminali? Ci inganneremo, ma incliniamo a ritenere la negativa, mentre travediamo in questa larghezza di termini due inconvenienti; il primo consiste nel fare

ostacolo a quella massima politica da tutti gli scrittori raccomandata, che impone celerità e prontezza nei giudizi criminali, se vuolsi raggiungere lo scopo che le leggi si prefiggono; il secondo che porta alla conseguenza di favorire la lentezza dei tribunali, della quale si hanno pur troppo giornalieri riprove, e che oltre a ridondare in aggravio della giustizia, posa anche a carico di coloro che languiscono nelle carceri. Del resto tale aumento non pare voluto dalla assoluta necessità, poichè se le procedure per il Codice sono in maggior numero, e i giudici d'istruzione non possono a quelle sopperire, perchè il peso di questo ritardo deve farsi soffrire agli imputati, e non piuttosto si ricorre ad aumentare il personale là ove il bisogno si fa sentire, perchè il disbrigo degli affari sia meno ritardato? Oltre a ciò vogliamo concedere in ipotesi che il tempo assegnato dal Regolamento del 1849 fosse troppo breve, e che fosse d'uopo aumentarlo; ma ci sem-

bra che soverchio sia stato questo aumento, mentre sarebbe bastato estendere a due mesi il primo termine, a quattro il secondo.

Noi abbiamo fatte queste rispetuose avvertenze, perchè ci stanno su questa interessante materia impresse nella mente le seguenti parole del buon Paoletti di sempre cara memoria (oper. cit. proleg.) « ivi »
» *Nihil enim durius, nihilque*
» *est inhumanius quam, ut eo-*
» *rum, qui criminali prae-*
» *sunt jurisdictioni, sive incu-*
» *ria, sive duritia, sive osci-*
» *tantia rei sortis suae ma-*
» *neant incerti, diuturnoque*
» *luctu, ac intenso animi ma-*
» *rore, infandoque carceris*
» *squallore opprimuntur.* »

Concludendo sull' articolo in esame ripeteremo ciò che abbiamo detto nel precedente, che la legge nuova è più severa delle antiche e della pratica di giudicare in prima vigente, e che puossi ragionevolmente nutrire lusinga, che venga sulle lezioni della esperienza moderata.

ART. 71. — § 1. — La multa, ognorachè sia incorsa da persone insolventi, si sconta con la carcere, ragguagliata ad un giorno per ogni cinque lire; ma la carcere surrogata alla multa non può mai eccedere la durata di un anno, e si espia sempre nelle carceri pretoriali.

§ 2. — Questo ragguaglio si estende ancora alle multe, stabilite da altre leggi penali, che rimangono in vigore insieme col presente codice.

È antichissimo il dittherio legale « *qui non habet in aere luat in corpore* » perchè è attinto dalle leggi Romane, le quali per l' uomo che non aveva mezzi per pagare la pena pecuniaria sostituivano quella del carcere (*leg. 1 § generaliter ff. de poenis*). È questa una delle ragioni, che fa dire a molti criminalisti, esser sovranamente ingiusta questa pena perchè distrugge la eguaglianza civile, avvegnachè all' uomo dovizioso o di mediocri fortune, o non nuoce o poco nuoce, ed all' indigente costa la perdita della sua libertà personale. (vol. I pag. 204).

Ma checchè sia di tale repugnanza, certo è che tutti i

codici penali moderni hanno ammessa questa pena, e molti l' hanno spinta al di là di ogni misura fino a convertirla, se non in diritto, almeno in fatto, in una confisca. Quindi gli autori pratici, onde non renderne inutile l' applicazione, hanno dovuto convenire che per gli insolventi è d' uopo convertirla in carcere.

L' articolo 112 della legge del 1786, che ci ha quasi governato fino alla pubblicazione del nostro Codice penale, ordinava che tale sostituzione si facesse nel modo seguente, cioè; giorni otto quando l' ammontare della pena non sorpassava le lire venticinque; giorni quindici quando non passava le lire

cento ; un mese quando non passava le lire dugento, e così in proporzione con la carcerazione di giorni quindici per ogni cento lire di debito maggiore .

Il Codice Francese agli articoli 52 e 53 restringe il caso della multa incorsa congiuntamente ad una pena affittiva ed infamante, dall' altro che contempla condanna correzionale; nel primo caso la durata dello sconto per l' insolvente è un anno; nel secondo sono sei mesi; vero è però che in quest'ultimo caso si può riprendere la carcerazione, se il condannato acquista di poi mezzi per pagare.

Il Codice Napoletano agli articoli 48 e 49 sottopone il condannato, che non paga la multa, alla carcere , dalla quale è liberato se provi di essere nella assoluta impossibilità di soddisfare l' altra pena .

Il Codice Gregoriano all' articolo 67 fa scontare all' insolvente la multa a ragione di uno scudo per ogni giorno di carcere, a condizione però che la carcerazione non ecceda l' anno .

Il Codice Parmense all' articolo 45 sottopone il condan-

nato inabile a pagare le spese processali e le indennità ai lesi, alla carcere per sei mesi, se è stato condannato criminalmente , a tre se correzionalmente ; ma non fa parola della pena pecuniaria, rilasciandone forse l' esazione alla sola azione civile .

Finalmente il Codice Sardo all' articolo 83 rilascia al fisco per la esazione della multa la sola azione civile .

Il Codice nostro all' articolo che commentiamo, determina lo sconto in un modo univoco, come fa il Gregoriano, ma meno favorevole nei suoi risultati , cioè cinque lire per ogni giorno di carcere, a condizione che non oltrepassi l'anno, e che la carcere medesima sia espiata nelle carceri pretoriali. Questa disposizione è pienamente conforme a quella stabilita all' articolo 52 del Regolamento del 22 Novembre 1849 , come abbiamo osservato nel commento all' articolo 69.

La misura di conversione dall' articolo in esame adottata, è più ristretta dell' altra prescritta dalla legge del 1786, se si eccettui quella che riguarda le pene pecuniarie inferiori al-

le 25 lire ; è inferiore anche a quella stabilita dal Codice Gregoriano; non grave per altro è la differenza, sicchè meriti una speciale osservazione; non può impugnarsi però che il Codice nostro sia più severo del Napolitano, del Sardo e del Parmense .

Non si deve per altro per amore di verità pretermettere che prima di convertire la pena in carcere, l'amministrazione regia incaricata di esigere la multa ne facilita l'incasso ordinando moderate dilazioni, ed anche componendo a rate il pagamento, secondo le forze economiche e lo stato di famiglia del debitore, e così giunge a rendere più rari i casi della conversione della pena pecuniaria in affittiva . Ciò per altro non toglie che in teoria il Codice nostro invece di moderare come sarebbe stato necessario ad esempio della maggioranza dei codici preindicati il disposto alla legge del 1786, l'abbia invece aggravato .

Osservazioni sul Titolo VI.

Questo titolo che, come abbiamo detto , tiene proposito

dell'applicazione delle pene , comprende nelle sue disposizioni le cause diminuenti la *imputazione* , ed una sola di quelle che i pratici chiamano diminuenti la *pena*, cioè la carcere di custodia, o illegalmente patita , o eccessivamente protratta .

È cosa notoria che gli scrittori della scienza hanno portata un accurata disamina su queste ultime cause , in gran numero ritrovate in tempi nei quali la eccessiva severità ed esagerazione delle pene impegnava i cuori gentili e sensibili a rintracciare dei motivi, ancorchè frivoli, che autorizzassero a temperarle e a moderarle. Ma dopo le riforme che a mano a mano si fecero nelle legislazioni penali di Europa, si riconobbe ben presto la convenienza e giustizia di ritenere soltanto quelle, che dalla equità e dalla ragione politica erano consentite, rigettando le altre. Nel numero delle prime, oltre quella che il Codice contempla all'articolo 69, per consentimento di quasi tutti i migliori scrittori di scienza penale sì antichi che moderni, vengono annoverate le seguenti; cioè,

La confessione del reo , il lungo e volontario esilio , la moltitudine dei delinquenti .

Si possono in proposito consultare fra molti e molti antichi e moderni il *Poggi loc. cit.* § 60. — l' *Ala Foro Crimin.* tom. I p. 190. — il *Carnigiani loc. cit.* § 526. — il *Giuliani loc. cit.* § 4.

La prima, cioè la confessione del reo, se è venuta spontanea , se ha somministrato all' accusa mezzi di prova che difficilmente si sarebbe potuti procurare, è stata sempre considerata come meritoria, e più ancora, quando il confitente potendo fuggire si è dato egli stesso in potere della giustizia ; non è la sola equità quella che persuade a diminuire al confitente la pena che si è meritata in vista del suo pentimento , e dell' essersi fatto vittima volontaria della giustizia; ma vi è anche una ragione politica , l' interesse cioè della società lesa dal delitto ai cui agenti vien condonato il debito di provare l' accusa , mentre ognuno sa che la confessione, a buon diritto chiamata la regina delle prove , dà a lei causa vinta . Oltre a ciò un altro re-

flesso egualmente politico deve spingere la legge a dar merito alle confessioni spontanee per renderle più frequenti e far plauso alla pubblica opinione, che reputa degni di commiserazione i rei confitenti e pentiti .

La seconda causa cammina, come dicono i lodati scrittori , di pari passo con l' altra della carcere sofferta ; quel delinquente che, commesso il delitto, si sottrae con la fuga alle indagini della giustizia , che lasciando la patria, la sua famiglia, ed i suoi interessi, si condanna a lunga assenza, vivendo del pane amaro dell' esilio, soffrendo tutti gli stenti e le privazioni che ne sono sequela , non è forse a paragonarsi all' altro che trovasi in carcere di custodia per qualche mese? E se a quest' ultimo la legge accorda diminuzione di pena corrispondente al tempo della indebita o troppo protratta carcere , perchè dovrà denegarsi all' altro una diminuzione della pena stessa , se non corrispondente al tempo che egli ha passato nelle tribolazioni, prendendo di per se stesso in anticipazione un acconto

di quella pena che ha meritata, tale almeno che stia in proporzione dei mali che ha sofferto ?

La terza ricorre in quei delitti ove molte e molte persone prendono parte, come nelle sedizioni, nei tumulti, nelle pubbliche violenze, nelle resistenze, nelle così dette radunate popolari. La pena, dicevano i nostri buoni scrittori antichi e di maturo senno, è una medela al male che la società risente per il delitto. Ma se questa pena dovesse cadere su molte e molte persone, sicchè si dovesse spargere il dolore ed il lutto su molte e molte famiglie, la medela si convertirebbe in veleno e la società rimarrebbe contristata per quella medesima causa da cui sperava quiete tranquillità e sicurezza. Quindi è opinione unanime dei criminalisti, essere necessario in tali emergenze far cadere la repressione sugli autori principali, sui capi, lasciando in abbandono gli altri i quali, come suole avvenire in simili casi, si sono trovati al fatto e vi hanno preso parte, seguendo quell'istinto di imitazione che talvolta trascina le turbe, le quali, come

le pecorelle di Dante, van dietro ad altri, e lo perchè non sanno. Ed in fatti a ben pensarvi, quale interesse avrebbe la società a tradurre in giudizio e far condannare le persone a ventine a cinquantine e a centinaia, quando al suo scopo servirebbe una più grave punizione di coloro che fossero stata causa di sì numerose associazioni? Bene osserva il Principe della Romana eloquenza (*pro Cluentio*) *metus ad omnes, poena ad paucos perveniat*; e Seneca (*De Clementia lib. I cap. 8*) *quaemadmodum fulmina quae paucorum periculo cadunt, omnium metu*. La severità sarebbe in questi casi contraria ad ogni più notoria regola di giustizia, e dovrebbe alla turba delinquente applicarsi il notissimo verso;

Ingens ob populum crimen remansit inultum.

Passiamo sotto silenzio le altre cause diminuenti la pena, perchè rigettate, come dicevamo, dai notati scrittori e dal buon senso.

Qual può essere stata la ragione del silenzio tenuto dal Codice nostro relativamente alle già dette cause, e dell'es-

versi limitato a parlare di una di esse soltanto ?

Forse potrebbe credersi che ha su di ciò taciuto, perchè avendo assegnato larghi limiti alle pene minacciate a ciascun delitto, ha rilasciato al prudente arbitrio dei magistrati il calcolarle entro i medesimi limiti. Se tale è la causa del silenzio, osserveremo che sarebbe applicabile alle prime due non alla terza, perchè questa non reca diminuzione di pena, ma dimissione dal giudizio. Due ragioni però concorrono per rifiutarla anche per le prime due; la prima che essendo esse, come la carcere di custodia eccessiva o illegale, sanzionate dalla scienza e dalla giurisprudenza, nel silenzio sulle medesime tenuto dal legislatore non può ravvisarsi abolizione, perchè la legge nuova non deroga

all'antica, se non che nelle disposizioni dalla prima espressamente comprese; la seconda è che quelle cause dipendendo dai principii di diritto riconosciuti dalla ragione universale, non possono porsi in un fascio con tutte le cause imprevedute ed imprevedibili, sulle quali può spaziare entro i limiti designati il prudente arbitrio dei giudici, onde cuoprirle in danno della equità e della convenienza politica con il manto di un giudizio di fatto incensurabile.

Concludendo diremo, che il silenzio della legge non porta deroga a dei principj di diritto universalmente consentiti, e che così possano essere applicabili al caso le teorie stabilite dalla Corte Suprema, che referiremo, quando saremo chiamati a commentare il disposto al titolo IX del codice.

TITOLO VI.

Del concorso di più pene .

*Osservazioni generali
sulle materie contenute
nel titolo .*

Il nostro Codice in questo titolo imprende a disporre su di una materia gravissima, sulla quale gli scrittori di diritto penale e le legislazioni di Europa non sono concordi ; e siccome lo stesso codice ha risolta la questione del concorso di più pene in un modo affatto contrario all' antichissima e costante nostra giurisprudenza , così ci crediamo in debito di assumere l' esame della questione stessa sulla scorta delle Romane leggi , dei migliori scrittori della scienza, dei Codici Francese ed Italiani e del gius penale patrio esistente al momento in cui il Codice medesimo venne pubblicato .

Poniamo la questione per quindi esaminarla in tutti i suoi aspetti .

L' uomo che ha commessi

più delitti , deve subire tante pene quanti sono i delitti dei quali si è reso reo ?

Gius Romano .

Dirime la proposta questione in un modo chiaro e preciso il Giureconsulto Ulpiano nella *leg. 2 ff. de privat. delict*, che è del seguente tenore » *num-
» quam plura delicta concur-
» rentia faciunt ut illius im-
» punitas detur ; neque enim
» delictum ob aliud delictum
» minuit poenam ; qui igitur
» hominem surripuit et occi-
» dit , quia surripuit, furti,
» quia occidit, aquiliae tene-
» tur ; neque altera harum
» actionum , alteram consu-
» mit ; item dicendum si ra-
» puit et occidit, nam et vi
» bonorum raptorum et aqui-
» lia tenebitur .* » Questa me-
desima sentenza trovasi quasi
intieramente ripetuta nelle *leg.
27 in pr. ff. ad leg. Aquil. 130*

ff. de reg. juris, 12 § 2 *ff. de servo corrupt.* 21 *ff. de furtis* 8 § 2 *ff. arbor. furt. caesar.* 25 e 41 *ff. de injur.* e 6 *ff. de adulter.* per ometterne altre concordanti. Quindi tutti i commentatori e gli interpreti sono unanimi nello ammettere in genere la regola, doversi cioè il reo di più delitti condannare a tutte le pene per i medesimi minacciate, quando un assoluta impossibilità non vi opponesse; il che si verifica quando concorressero a carico dello stesso delinquente più pene capitali, o la pena capitale con altre minori; nel primo caso, siccome, e di fronte al diritto Romano, e di fronte alle leggi o municipali o generali che gli succedettero, la pena capitale eseguivasi in più modi, così non potendo il reo più di una vita alla penalità concedere, si sceglieva fra quei modi il più doloroso, il più grave; nel secondo caso, se le pene minori erano afflittive venivano assorbite dalla capitale, perchè morto l'uomo, qualunque cruciato diveniva inutile, se si eccettui la flagellazione che eseguivasi avanti alla pena capitale; se erano meramente pecuniarie,

l'assorbimento non aveva luogo, e il condannato, o i di lui eredi dovevano sodisfarle.

I seguaci adunque della autorità non si scostavano dal gius Romano, e chiamavano una vera deviazione dal prescritto della legge, lo allontanarsi in qualunque modo dalle di lei chiare ed univoche disposizioni.

Opinione degli scrittori della scienza penale.

Gli scrittori pratici della scienza nostra nei secoli XVII e XVIII, sebbene seguaci tenacemente dell'autorità, presero in serio esame la questione, e quantunque per il solito inclinati alla severità, la trattarono con molta equità, indipendenza, e moderazione. Non per questo rimasero d'accordo nello scioglierla: nello stesso modo che pieno accordo non trovasi in proposito fra gli scrittori moderni.

Tralascieremo tutte le distinzioni che dagli antichi sogliono farsi in rapporto alle diverse legislazioni penali che allora incontravansi, desunte dal diritto Romano e dal gius sta-

tutario, e le tralascieremo perchè oggi sono del tutto oziose; ci occuperemo soltanto di quelle che alla questione, che sopra abbiamo posto, sono direttamente applicabili.

Ma avanti ogni altro riflesso è d'uopo premettere che bisogna ben guardarsi dal confondere con la questione relativa al concorso di più pene, l'altra della ricaduta nello stesso delitto. La prima comprende l'uomo che è sottoposto al giudizio per un solo delitto minacciato di più pene o di più delitti da lui commessi; la seconda colpisce colui che essendo stato precedentemente condannato per un delitto, ricade di poi nel delitto medesimo; l'uno è reo di avere spregiata la civile imputazione, l'altro di avere avuto in non cale questa ed insieme la pena; la scienza chiama il concorso di più pene minacciate per più e diversi delitti *reiterazione*; dà il nome di *recidiva* alla ricaduta del delinquente. Il titolo in esame provvede alla prima; alla seconda è destinato il titolo successivo.

Un'altra avvertenza dobbiamo emettere avanti di impe-

gnarci a trattare la proposta questione; ed è, che nelle diverse contingenze che saremo per prevedere, si tratta sempre di delitti importanti pene temporarie; mentre se cadesse la ricorrenza di reati repressi con pena capitale o perpetua, l'assorbimento da questa prodotto di fronte alle pene minori, è stato ed è fuori di controversia.

Ciò posto, diremo che gli scrittori di scienza penale si propongono sei distinti casi, ognuno dei quali merita speciale attenzione, ed è soggetto a diversa risoluzione.

1.º caso. Legge penale che per un solo delitto minaccia più pene.

2.º caso. Delinquente, che con atti esecutivi della stessa azione criminosa, ripete l'azione medesima in uno stesso contesto, ed anche in tempi diversi.

3.º caso. Delinquente, che commette una sola azione criminosa, che in se stessa contiene più violazioni della legge penale.

4.º caso. Delinquente, che nello stesso contesto di azione, mosso da una sola ed unica spinta a delinquere, commette

a danno della stessa persona più e replicati delitti fra loro diversi e distinti .

5.^o caso. Delinquente che nello stesso contesto di azione, mosso da una sola spinta a delinquere, commette a danno di più e diverse persone, o a pubblico pregiudizio, più e replicati delitti fra loro diversi e distinti .

6.^o caso. Delinquente che in tempi e luoghi separati e distinti, ha commessi più e diversi delitti dei quali deve rendere conto in un solo e medesimo giudizio .

In tutti ed ognuno di questi casi si fa luogo a danno del delinquente al concorso di più pene , o per meglio dire il delinquente deve esser condannato a tante pene , quante sono quelle minacciate dalla legge penale ?

• Percorriamo ad uno ad uno ciascuno dei detti casi, per conoscere quali sono le regole designate degli scrittori della scienza tanto antichi che moderni .

Primo caso.

Nelle leggi Romane si ha qual-

che esempio di un delitto minacciato di più e diverse pene; in quelle posteriori tali esempj sono frequentissimi, in quanto che era abitudine in tutti i legislatori di designare più pene per un solo delitto, sia diverse, sia congeneri . Le legislazioni moderne, più positive, sogliono talora reprimere con più pene un solo reato, ma diverse, e non congeneri ; di rado ciò ricorre nei delitti veri e proprii , sovente nelle trasgressioni .

Gli antichi criminalisti risolvono questo primo caso con una distinzione. O le pene minacciate erano tutte principali, o principali ed accessorie. Nel primo evento, non si davano giammai per lo stesso delitto più pene , ma i giudici erano autorizzati a scegliere fra esse quella che credevano più conveniente ; nel secondo, venivano irrogate la principale e l' accessoria ; e ciò per la qualità di quest' ultima, la quale dall' altra non poteva essere separata .

I moderni, ritenendo la stessa teoria quanto al concorso delle pene principali ed accessorie, opinano, che nella ricorrenza di più fra le prime dalla stessa legge sancite, si distin-

gua, se questa ha posto la scelta di una di esse nell' arbitrio del giudice, o l' ha minacciate tutte in un modo positivo, credendole necessarie alla repressione di un dato delitto. Nel primo caso i giudici dovranno scegliere quella che nella loro prudenza crederanno più atta e più opportuna alla repressione ; nel secondo le applicheranno tutte nei limiti dalla legge designati .

Secondo caso .

A questo caso si applicano, per il concorde sentimento di tutti gli scrittori, le regole del delitto continuato , il quale si verifica ogni volta che l'uomo, spinto da una sola risoluzione criminosa, commette nello stesso contesto di azione più fatti che portano violazione della stessa legge penale , o quella medesima azione replica in tempi e luoghi diversi . Giova quì portare degli esempj che stanno a schiarire la già data nozione del delitto continuato . Chi avendo preformato la rea risoluzione di ferire o di uccidere diverse persone nello stesso contesto di azione

commette più ferimenti o più omicidj è reo di delitto continuato , sia che ferisca quando si era proposto di ferire , sia che uccida quando ad uccider tendeva; costui nel primo caso sarebbe debitore di più ferimenti, nel secondo di più omicidj, ferimenti ed omicidj che costituiscono materialmente , per tante volte, quante sono stati replicati, altrettante violazioni della stessa legge penale, avvenute mediante atti esecutivi della stessa azione criminosa : ma di fronte alla scienza deve ritenersi come reo di un delitto solo ma continuato. Chi, essendosi proposto di rubare in casa altrui, vi si introduce ed invola a danno di diverse persone più cose o diverse quantità di danaro, costui è debitore di furto continuato, e così non commette più furti, ma un furto solo. Questi esempj rappresentano o figurano il caso di più violazioni della stessa legge penale commesse in un solo contesto di azione . Si verifica poi il delitto continuato negli atti esecutivi che violano la stessa legge penale, avvenuti in tempi diversi, quando l' agente ripete o riproduce la stessa a-

zione criminosa, mosso dalla medesima spinta a delinquere, servendosi dei medesimi mezzi, ed in pregiudizio della stessa persona; per esempio colui che abusa di una fanciulla o di una donna maritata, ripetendo su di essa gli atti di stupro e di adulterio in diversi tempi ed in diverse occasioni, non commette altrettanti delitti quante sono le criminose azioni alle quali si è abbandonato, ma un solo delitto di stupro e di adulterio continuato. Quel servo infedele che deruba il padrone in più tempi, abusando del comodo che la sua posizione gli presenta, è debitore di un sol furto continuato; come è debitore dello stesso delitto quell'ladro che provvisto di falsa chiave, ogni volta che gli si presenta l'occasione, si introduce nella taberna o nella casa del proprietario per derubarlo. Gli esempi che abbiamo fin qui dati dimostrano la vera indole giuridica del delitto continuato. Vedi Voet. ad Pand. vol. II tit. de furtis — Anton Mattheo loc. cit. cap. III n.º 10 — Carmignani loc. cit. § 981.

Ora, è unanime opinione di tutti gli scrittori tanto antichi

che moderni, che l'autore del delitto continuato non deve sottostare a tante pene quante sono state le azioni criminose da lui eseguite, ma ad una pena sola, un cotal poco accresciuta per la mala abitudine contratta al delitto, e quando si trattava del furto, la cui pena secondo le antiche legislazioni penali misuravasi dal valore del tolto, cumulavansi i valori sottratti, o nello stesso contesto di azione, o in tempi diversi, e su quel cumulo stabilivasi la repressione; anzi nella nostra patria legislazione trovasi che la legge del 30 Agosto 1795 art. 19, e la circolare del 24 Febbraio 1821 davano i caratteri giuridici del furto continuato a tutti quei furti che sebbene commessi in tempi e modi diversi, ed a pregiudizio di diverse persone, eransi verificati nel corso di venti ore, dalla pratica esteso fino alle ventiquattro.

Terzo caso.

Non infrequenti sono le contingenze che una stessa azione criminosa contenga in se stessa due distinti delitti. Colui che abusa della donna altrui

congiunta, o della fanciulla, essendo all' una o all' altra legato con vincolo di sangue, commette nel primo caso adulterio ed incesto, nel secondo stupro ed ineesto. Colui che con animo di far lucro, falsifica lettere di raccomandazione, certificati di buona condotta, ed altri atti diretti a sorprendere l' altrui buona fede per facilitarsi il mezzo di ottenere danaro, oggetti, o qualunque ingiusto guadagno, commette i delitti di falsità e di frode, mentre il primo ha servito di mezzo a consumare il secondo.

Ora è del pari in questo terzo caso unanime avviso degli scrittori della scienza penale, che l' autore dei delitti che sopra, debba essere punito di una sola pena, dovendosi scegliere quella minacciata al più grave, e alcuni ammettono, per congruamente reprimere la doppia violazione, debba ancora alcun poco aumentarsi quest' ultima pena.

Quarto caso.

Questo caso e quello che segue, sovente si incontrano nei giudizj criminali, in specie in

quei delitti prodotti da dolo d' impeto e così da causa improvvisa. Nel bollore della collera, nel tempo che la rissa ferve, non di rado avviene che un solo individuo proferisca ingiurie, minacce gravissime, percuota, ferisca e quindi uccida colui contro il quale la sua ira era diretta; tenendo dietro a ciò che è avvenuto, l' agente avrebbe commessi diversi e distinti delitti d' ingiurie, di minacce, di offese, di ferimento e d' omicidio. Deve esso per questo suo operato sottostare a tante pene quante ne sono dalla legge a ciascun delitto minacciate, o deve esser represso con una sola pena, quella in specie dovuta all' omicidio come la pena più grave?

Nel rispondere a tali questioni gli scrittori tanto antichi che moderni sono concordi. La risolvono per l' assorbimento delle pene minori nella maggiore, osservando che una sola essendo la spinta che mosse l' agente, quella cioè di uccidere il suo contraddittore, una sola essendo la persona lesa, le ingiurie, le minacce, le percosse, il ferimento, non debbono considerarsi come azioni

separate e distinte , ma come mezzi tendenti allo scopo principale, a cui il delinquente mirava , e con questo scopo unificarsi e confondersi .

Lo stesso replicano nel caso che non sia avvenuto nella rissa omicidio , ma ferimento o percosse congiuntamente alle ingiurie o minacce , dovendo la pena più grave assorbire le minori; e qualora non una, ma più ferite sieno state sofferte dallo stesso individuo per opera di un solo imputato, è chiaro ed evidente che questo deve rispondere di un solo non di più ferimenti , e soffrirne la pena in proporzione della maggiore o minore loro gravità calcolata, o nel loro complesso, o di fronte a quello fra essi che avesse prodotto maggior danno .

Quinto caso.

Nel risolvere questo quinto caso gli scrittori di scienza penale discordano. Alcuni osservano che il delinquente deve sottostare a tante pene quanti sono i delitti commessi da lui, e si appoggiano al responso di Ulpiano da noi sopra citato ; e

vi aggiungono la ragione politica, che esige la necessità di una tale repressione di fronte alle leggi penali violate , per evitare l' assurdo di vedere punito il reo di più delitti con una sola pena corrispondente al più grave, come se questo solo fosse stato commesso. Altri tenacemente sostengono che quanto è avvenuto nello stato di animo, nel quale trovavasi l' agente, spinto da una sola causa, deve ravvisarsi un solo fatto connesso e quindi indivisibile , sicchè ritenuto il delitto maggiore , la pena soltanto a questo minacciata, un cotol poco cresciuta per il concorso di altre delinquenze , sia più che sufficiente per la repressione . Soggiungono poi che ad un riflesso di equità, di cui non è davvero indegno colui che sotto la influenza di una improvvisa passione delinque , deve unirsi quello politico di non moltiplicare senza necessità le pene , dividendo le azioni criminose che da una sola causa sono mosse , e così farne contro ogni principio logico-giuridico due delitti distinti e separati ; la unità del tempo e del fine produce la unità di pena .

Questa dottrina è stata propugnata, fra gli antichi, dal Bartolo nel suo commento alle *legg. Numquam ff. de privat. delict. e si gemina ff. arbor. furt. caes. e 1 ff. de iniuriis*: dal *Claro quaest. 84 vers. sciat etiam, e vers. haec autem omnia*, dal *Farinaccio quaest. 22 e segg. e 166 e segg. e*, fra i moderni dall' *Ala Foro Crimin. Tom. I pag. 188 e 189 e dal Giuliani loc. cit. part. I cap. 4 § 5.*

La nostra pratica giurisprudenza ha costantemente seguitata quest' ultima opinione, alla quale ben volentieri diamo il nostro assenso, tanto la crediamo giusta.

Sesto caso.

In questo si concentrano tutte le controversie che esistono sempre fra gli scrittori della scienza nostra. I seguaci dell' autorità combattono con gli altri, che alla sola ragione prestano obbedienza, sicchè i primi tenaci proseliti della dottrina di Ulpiano da noi sopra referita, che credono basata sul principio della difesa sociale, sostengono che il reo di più

e diversi delitti, commessi in più e diversi tempi, e a danno di diverse persone, e per i quali non sia stato per anche punito, debba sottostare a tante pene quante la legge penale ne minaccia a ciascun delitto: ed i secondi, lasciata da parte la enunciata dottrina, reputandola ingiusta ed impolitica, ritengono la necessità dell' assorbimento delle pene minori nella maggiore, aumentata questa alcun poco nella sua durata, per il riflesso della prava abitudine a delinquere dal reo dimostrata.

Fra i sostenitori della prima opinione abbiamo; fra gli antichi, il Bartolo nel suo Commento alla *Leg. Numquam plura ff. de priv. delict.*, il *Bohemer. Elem. Juris. Crimin. Sez. II, cap. 1 § 29, e*, fra i moderni, il *Cremani jur. crim. elem. lib. I part. 2 cap. 12 § 4 e seg.*, e il *Giuliani loc. cit.* Tutti questi autori, seguaci, come abbiamo detto, del responso di Ulpiano, giustificano la loro opinione con il seguente ragionamento. Osservano cioè che la società è nell' obbligo di non lasciare impunito qualunque delitto che sia stato commesso,

ed infatti ha a ciascuno di essi determinata la pena corrispondente ; che la circostanza di essere stati più delitti commessi da uno stesso delinquente , non può condurre alla conseguenza , che per alcuno di essi debba rimanere impunito, mentre , destando la idea di una turpe abitudine criminosa, essa contribuisce ad accrescere piuttosto che a scemare la repressione . Soggiungono, che adottando un diverso principio , oltre a ledersi la sicurezza pubblica , si procurerebbe un' incentivo al mal fare , avvegnachè il delinquente che avesse commesso un reato maggiore, facilmente si darebbe in braccio ad un minore , quando sapesse che per questo secondo non si espone ad alcuna pena . L' ultimo de' notati scrittori nello ammettere per altro in genere la teoria del concorso di più pene , limita l' applicazione della regola unicamente a quelle eventualità nelle quali si incontrano delle pene gravi, quantunque temporarie, che egli con vocabolo suo proprio chiama *terribili*, e la esclude quando una delle dette pene si trova in concorso di altre cor-

rezionali, le quali debbon essere assorbite dalla prima .

Fra i propugnatori della seconda dottrina, quanto agli antichi , troviamo il *Carpzov. Prat. Crim. quaest.* 132 n. 78 e *seg.* , il *Farinac. Praxis Crimin. lib. 1 tit. 3 quaest.* 21 n. 30 , il *Sabelli Prat. Crim. verb. pena* n. 19 , e fra i moderni il *Carmignani loc. cit.* §§ 519 e 520 , l' *Ala loc. cit.* , il *Roberti loc. cit. part. I tit. 2 cap. 8 sez. 2 § 924 e seg.*

I sopra lodati autori per scostarsi dai precetti del Diritto Romano pongono in campo diversi ragionamenti , che riassume il Roberti, autore per noi di una ben grave autorità : ometteremo così di referire le parole degli altri , e in specie quelle del Carmignani, le quali vengono in parte confutate , e in parte secondate dal Giuliani .

» *Tutte le azioni criminose*
 » *se , dice il Roberti , si sono*
 » *già valutate nella rispettiva*
 » *gravezza a segno che cia-*
 » *scuna meriti una pena a*
 » *quelle proporzionata. Que-*
 » *sta pena ove fosse tempora-*
 » *ria tende al tempo stesso ,*
 » *come all' ESEMPIO, così an-*

» che all' *EMENDA* del delin-
 » quente . Non può dunque
 » con giustizia esasperarsi ,
 » se non quando si riconosca
 » che è insufficiente per di-
 » fetto di *INTENSITA'* a pro-
 » durre lo scopo cui è diret-
 » ta . Ciò posto , quel delin-
 » quente, che senza avere pro-
 » vato ancora una pena o gli
 » effetti di una condanna ad
 » una pena, avrà commesso
 » due reati , è naturale il di-
 » stinguere se entrambi sieno
 » meritevoli della stessa spe-
 » cie , o dello stesso grado di
 » pena , o se invece meritino
 » una pena diversa ; nel pri-
 » mo caso, come potrebbe as-
 » soggettarsi ad entrambe le
 » pene, quando in realtà vi è
 » motivo da sperare che una
 » sola potesse essere sufficien-
 » te ad emendarlo? Come riu-
 » nire insieme le due pene per
 » farne poi sorgere una *TAN-*
 » *TO INTENSA* per la sua du-
 » rata che riuscisse più dura
 » di quella segnata per un
 » reato di gran lunga più gra-
 » ve di quelli commessi ? *E*
 » non potrebbe egli scusarsi
 » di essere stato in certo qual
 » modo trattato a delinquere
 » per la seconda volta , dal-

» l' essersi tardato a punirlo
 » del primo reato, e dall' es-
 » sersi con tanta indolenza
 » fomentata in lui la lusinga
 » della impunità ? Si direbbe
 » invero che col sottoporlo ad
 » una sola delle pene dovute-
 » gli, verrebbe a darsi luogo
 » alla reale impunità per uno
 » dei reati commessi : ma a
 » prescindere, che non è sem-
 » pre permesso il prevenire
 » tutti gli inconvenienti pos-
 » sibili in qualunque retto si-
 » stema di penale legislazio-
 » ne , e che perciò ragione
 » consiglia di dare solamen-
 » te riparo ai più sensibili ,
 » quello della temuta impuni-
 » tà può essere in buona par-
 » te scansato col prescriversi
 » l' applicazione della pena
 » in tutta la estensione del
 » grado stabilito dalla legge,
 » onde così quella riuscisse a
 » colpire nel suo *maximum* ,
 » e l' uno e l' altro al tempo
 » stesso dei due reati , senza
 » bisogno di passare ad altro
 » grado di pena , riserbato
 » precipuamente per dei fatti
 » di altra specie più grave .
 » Nel secondo caso, quando
 » cioè i reati sieno meritevoli
 » di pene diverse, con qual di-

» ritto potrebbe assoggettarsi
 » il delinquente a ciascuna
 » delle pene , quando tutti i
 » mezzi di emenda supposti
 » alla espiazione della pena
 » minore, vanno naturalmen-
 » te inclusi nello pena mag-
 » giora ? La necessità della
 » pena è solamente quella che
 » ne autorizza l' applicazio-
 » ne . Essa non cessa mai di
 » essere intrinsecamente un
 » male che solo è permesso di
 » infliggere, quando si creda
 » indispensabile di farlo, per
 » evitare dei mali maggiori ;
 » e quindi tendendo, come di-
 » cemmo , tutte le pene tem-
 » poranee alla emenda del
 » colpevole , quando questa
 » può sperarsi dalla applica-
 » zione della pena più grave,
 » sarebbe superfluo applicare
 » al tempo stesso la pena più
 » leggiera in concorso , la
 » quale si ritiene come assor-
 » bita dalla più grave , nel
 » senso che questa indepen-
 » dentemente da quella , rie-
 » sce ben sufficiente per otte-
 » nere quello stesso scopo cui
 » entrambe sono dirette; è pur
 » vero bensì che anche in que-
 » sto caso potrebbe temersi
 » l' inconveniente della impu-

» nità del reato minore , ma
 » sarebbe ben riparata, qua-
 » lora volesse seguirsi lo stes-
 » so metodo denotato nel nu-
 » mero precedente, quello cioè
 » dell' applicazione della pe-
 » na più grave nel confronto
 » delle due , in tutta la esten-
 » sione del grado , cioè nel
 » maximum fissato dalla leg-
 » ge . »

Fra queste opinioni diverse, qual è quella che hanno adot-
 tato i Tribunali ? Il Sabelli ci
 attesta (*loc. cit.*) che la teoria
 dell' assorbimento delle pene
 minori nella maggiore era sen-
 za contraddizione adottata, e che
 al reo di più delitti per la pra-
 va abitudine da lui dimostrata
 soleva di poco aumentarsi la
 pena più grave ; si eccettuava
 per altro il concorso della pe-
 na affittiva con la pecuniaria,
 e in tal caso erano ambedue
 pronunziate contemporanea-
 mente . Una tale consuetudine
 di giudicare ha continuato sen-
 za interruzione fino all' epoca
 della pubblicazione e successi-
 va attuazione del Codice pena-
 le . Serve il citare i Repertorii
 Catellacci e Cerretelli, e dopo
 la riforma del 1838 gli Annali
 di Giurisprudenza *verbo Pene*.

Nei delitti di furto soltanto le nostre patrie leggi (art. 49 della legge del 30 Agosto 1795) punivano la *reiterazione* con pena propria, e con metodo singolare esclusivo affatto del concorso di più pene; mentre prendendo di mira la prava abitudine del ladro, lo sottoponevano per il secondo furto al passaggio alla specie di pena la più grave, e all'aumento di un grado della pena dei pubblici lavori, quando il furto stesso fosse represso con la indicata pena; e per il terzo furto e successivi, sempre nella pena dei pubblici lavori, qualunque fosse il valore del tolto, e con l'aumento di due gradi di detta pena, qualora come primo dovesse esser punito con la pena medesima. Con questo procedimento si dava una pena sola, quella cioè dovuta rispettivamente al secondo e al terzo furto, aumentata per la prava abitudine nel modo sopra indicato, lasciate affatto incurate le altre.

La già indicata consuetudine dell'assorbimento delle pene minori nella maggiore non vigeva soltanto in Toscana, ma era quasi generale. Il Fari-

naccio e l'Ala, nell'opere di cui abbiamo fatto menzione, l'attestano ricevuta nello Stato Pontificio, il Roberti nel Regno di Napoli, il Carpzovio nel Regno di Sassonia, il Merlin (*Repertoire de Jurisprud. art. peine*) in Francia.

A queste autorità aggiungeremo quelle provenienti dalle moderne legislazioni penali. Il Codice penale Austriaco, art. 28, il Codice di procedura criminale Francese, art. 365, il Codice Parmense, art. 46, il Codice Napoletano, art. 85, 86 e 87, il Codice Sardo, art. 443 e segg., ritengono la rammentata teoria dell'assorbimento; vero è per altro che i due ultimi sono più severi nello accrescimento della pena dovuta al delitto più grave per il riflesso della reiterazione, mentre il Napoletano porta la detta pena nei *crimini al maximum* quando ne concorrano due; ordina l'aumento di un grado quando sono più; fa assorbire le pene correzionali dalle infamanti, e cumula le prime quando concorrono fra di loro, a condizione che non si passi il *maximum* della più grave, o il doppio quando i delitti sono più

di due . Il Sardo ritiene in genere la teoria dell'assorbimento spingendosi nell' aumento della pena dovuta alla reiterazione un poco più in là del Napoletano . Il solo Codice degli Stati della Chiesa agli art. 17. 18. 19. e 20. pienamente adotta il concorso a carico dell'autore di più delitti di altrettante pene, quante sono quelle ai delitti medesimi minacciate .

Poste in bilancia le autorità che abbiamo riportate in rapporto a questo ultimo caso , a noi sembra che una marcata preponderanza stia a favore di quei che sostengono il principio dell' assorbimento delle pene minori nella maggiore . Autori di molta reputazione sì antichi che moderni lo propugnano , una consuetudine più che secolare vegliante in paesi civili, lo raccomanda; le legislazioni penali Austriaca , Francese , Parmense , Sarda e Napoletana lo hanno adottato ; la ragione politica e la equità lo

sostengono. Per lo che noi non esitiamo un momento a preferirlo all' altro , che , sebbene riposi su fondamento in astratto giusto e coerente all' interesse sociale , attuato, riesce grandemente severo , e anche privo di buoni risultati .

Ora che abbiamo, il più brevemente che potevamo , esposto ciò che la scienza penale suggeriva sulla gravissima questione del concorso di più pene, passeremo a prendere in esame ciascuno degli articoli che compongono il titolo, sulla rubrica del quale ci siamo fin qui intrattenuti . Vedremo adesso come il Codice nostro siasi fatto seguace in tutta la sua estensione della dottrina di Ulpiano, e di quei che propugnandola l' hanno resa più grave . Questa teoria ha recato una rivoluzione non tenue nel nostro magistero penale , ed un aumento gravissimo nella durata delle pene .

ART. 72. — Al colpevole di più delitti si applicano tutte le pene, nelle quali è incorso, ognorachè le disposizioni dei seguenti articoli non prescrivano altrimenti.

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo adotta la massima fondamentale, che impone che al colpevole di più delitti debbano applicarsi tutte le pene nelle quali è incorso; ecco dunque in pieno vigore fra noi la Legge *Numquam ff. de priv. delict.*, che abbiamo di sopra trascritta; le limitazioni a questa massima che il Legislatore ha sanzionate, formano subietto degli articoli successivi.

Occupiamoci della massima fondamentale; a suo luogo terremo proposito delle limitazioni.

Nelle osservazioni sulla rubrica di questo titolo abbiamo esposto quanto era necessario per conoscere il modo con il quale la questione era stata risolta dagli autori, dalle legislazioni penali, e dalla giurisprudenza; pronunziammo la nostra opinione; poche parole quindi im-

piegheremo nel commento di questo articolo.

All' Augusto Legislatore è piaciuto adottare la teoria di Ulpiano nella sua estensione e in tutta la sua severità, e di aggravarla anche, aggiungendovi, come vedremo, l'obbligo di convertire in una sola e nella più grave tutte le pene concorrenti. Noi dobbiamo reverenti piegare il capo all' autorità del sommo Imperante; ci sia per altro permesso di lamentare l'abbandono della razionale ed equa teoria contraria, cui noi Toscani eravamo da lungo tempo abituati. Abbiamo detto più volte, e adesso lo ripetiamo, che i principj astratti nelle scienze morali seducono spesso e trascinano; ma la riprova della loro bontà allora soltanto si ottiene, quando resistono all' attrito della attuazione. Uomini sommi hanno combattuta la teoria adottata nel nostro Codice; molte legislazioni civili

li hanno secondati. Gravi sono le conseguenze che sorgono dal sistema adottato dal nostro Codice ; il tempo solo potrà porle in rilievo . Ci lusinghiamo che allora il Legislatore prenderà in nuovo esame la legge , e vi recherà sensibili innovazioni .

A noi duole osservare che l' egregio Autore della *Teoria del Codice Penale a pag. 100* abbia chiamato la teoria dell' assorbimento delle pene minori nella maggiore , *opinione di giuristi moderni che hanno ambito soverchiamente la gloria della clemenza* . Abbiamo di sopra detto e dimostrato che la teoria suddetta è antica , e professata dal Farinaccio , dal Sabelli, dal Carpzovio; che era praticata dagli antichi Tribunali a testimonianza dei detti Sabelli , Farinaccio e Carpzovio , e dell' Ala , del Roberti , del Merlin , in Toscana , negli Stati Pontifici, in Napoli, in Sassonia ed in Francia. Osservam-

mo esser stata accettata dai Codici Francese ed Austriaco, che hanno fama non di moderati ma di severi, e dal Parmense, Sardo e Napoletano , i quali non sono poi tanto moderni , perchè pubblicati nei primi anni del secolo attuale. Si dimentichi, se vuolsi , la nostra pratica secolare , che si è voluta abolire . È vero che la teoria dell' assorbimento tende più alla equità che al rigore . Ognuno può a suo talento, e per le proprie convinzioni esser seguace dell' una anzi che dell' altro ; noi non ci stancheremo dal militare sotto lo stendardo della clemenza e della moderazione, e ben lontani dal chiamare ottima la teoria propugnata dall' autore della *Teoria del Codice Penale* , l' abbandoniamo ben volentieri al crogiuolo del tempo e della esperienza , che ne faranno ragione ; se l' uno e l' altra pronunzieranno contro di noi, recederemo dal combatterla .

ART. 73. — Tanto la pena di morte, quanto la pena dell' ergastolo, assorbe tutte le pene concorrenti, eccetto la multa e la confisca di oggetti determinati dalla legge.

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo non si appoggia ai ragionamenti, ma all' inevitabile necessità. Colui che è condannato alla pena capitale non può subire pene minori, perchè colla vita estingue qualunque altro debito; come colui che è condannato alla pena perpetua è impossibilitato a sottostare alle altre pene temporarie; sicchè in questi casi l' assorbimento non è una concessione, ma una conseguenza immancabile che nasce dalla natura ed indole delle cose.

In antico, sotto l'impero di altre leggi penali che la civiltà ha distrutte per sempre, poteva esservi questione sulla scelta della pena capitale, e anche sulla possibilità del concorso simultaneo di altre pene con la medesima. Infatti più e diversi allora erano i modi di portare ad esecuzione la pena di mor-

te, e quando avveniva che il reo, fra più delitti commessi, avesse incorso per due o più la pena estrema, eseguibile in modo diverso, si sceglieva, come abbiamo avvertito a pag. 218 quello più duro e più severo; quando al delitto capitale si univa altro delitto che portava alla fustigazione, si consegnava il reo già flagellato allo esecutore; di questa barbara legislazione fu passivo il nostro Divino Redentore; lo stesso era quando la pena perpetua trovavasi in concorso con altra pena affittiva, che potevano eseguirsi immediatamente, come quella del marchio o bollo. Ma oggi che un solo è il modo di esecuzione della pena capitale, e che le altre pene sopra dette sono state bandite dalla civiltà, l' assorbimento era, come notavamo, necessità ineluttabile.

L' articolo in esame a noi

sembra che debba essere inteso nel modo seguente; cioè che la pena di morte assorbe quella dell'ergastolo, e le altre affittive temporarie concorrenti; che la pena dell'ergastolo assorbe del pari queste ultime. Dall'assorbimento sopra espresso si eccettua la multa e la confisca degli oggetti determinati dalla legge; la prima eccezione si trova scritta, come abbiamo detto a pag. 220 in tutti gli antichi autori, anche in quei seguaci del principio dell'assorbimento, i quali da questo escludevano le pene pecuniarie concorrenti con le affittive, perchè *non congeneri*.

Per altro, bene e freddamente esaminata e ponderata la prima suddetta eccezione, di fronte soltanto alla pena capitale, sembraci non coerente alla dignità della legge, e non ben fondata in diritto. Quando l'uomo è stato condannato a consegnare la sua testa al pa-

tibolo, meschina cosa è tenerlo obbligato di poche decine o centinaia di lire; la morte cancella ogni debito, e la legge, ente nobile e puro che l'ordina e la fa eseguire, assume la taccia non bella di afferrare parte del patrimonio del giustiziato in danno degli eredi di lui, che alla sciagura di aver perduto il congiunto, aggiungono l'altra di avere in certo modo per concorrente alla successione di lui il fisco. Noi vorremmo che con la vita del colpevole fosse estinta ogni fiscale pretesa. Torneremo su questo argomento quando commenteremo l'art. 86.

È giusta l'altra eccezione, perchè la confisca degli oggetti che sono serviti a commettere il delitto, o ne sono il prodotto, è appoggiata ad un principio politico, che tende a prevenire il male, o ad impedire che taluno lucri alla impura sorgente dei misfatti altrui.

ART. 74. — Nel concorso di più pene restrittive della medesima specie, inferiori all' ergastolo, la durata totale del tempo penale non può eccedere ,

- a) nella casa di forza , lo spazio di anni venticinque ;
- b) nella carcere, lo spazio di anni otto ;
- c) nell' esiglio particolare , lo spazio di anni cinque .

Osservazioni sull' articolo.

Questo articolo ci fa conoscere le conseguenze che trae seco il principio stabilito dall' art. 72 sul concorso di più pene, a carico del colpevole di più delitti : una volta che l'uomo si è impegnato a calcare una via nuova , progredisce in essa quando pur trovi triboli e spine . Noi vediamo infatti che a dar luogo alla più estesa applicazione di detto principio, il limite massimo delle tre pene, cioè della casa di forza , della carcere e dell' esilio particolare , fissato agli art. 16 § 2 , 17 § 2 , e 20 § 2 rispettivamente a venti, a sei, ed a tre anni , si aumenta fino a venticinque, quanto alla prima, fino

ad otto, quanto alla seconda, e fino a cinque, quanto alla terza. Il che dimostra che il legislatore , per dare una maggiore estensione alla teoria da lui adottata, ha dovuto spostare tutta la scala penale aumentando la durata delle pene , ponendo peraltro un freno a tale aumento, per non convertirle da temporarie in perpetue .

Non faremo parola dell' aumento ritenuto per le due ultime pene, perchè può dirsi discreto, di fronte alla durata primitivamente assegnata alle medesime . Ma in rapporto alla prima a noi sembra grave , in quanto che ravvicina troppo la pena temporaria alla perpetua, e tende così ad alterarne la natura intrinseca .

Il dotto autore della *Teorica del Codice Penale* a pag. 84, forse per giustificare un tale aumento, presagisce la durata dell' ergastolo approssimativamente a trent' anni. Ma chi gli garantisce la verità di questo calcolo? Nessuno; perchè applicandosi la pena a uomini di tutte le età, per pochissimi potrà essere probabile, per i più eccessivo; a tal che portandolo ad una durata di poco inferiore ai trenta anni, noi avremo che la pena temporaria aumentata starà quasi a contatto con la perpetua. Quando si tratta di pene, ogni calcolo che si faccia sulle probabilità della vita umana, risulta erroneo: non si può mettere a confronto, e l'uomo che vive in piena libertà, e quello che di libertà è affatto privo e soggiace al cruciato di vivere solo fra quattro mura: vorrà negarsi che quest' ultimo abbia nell' animo un verme che gli mina la vita, verme di cui è privo il primo? D' altronde a quale scapito sarebbe stato soggetto il principio del concorso delle pene, a qual danno sarebbe la società andata incontro, se si fosse ri-

tenuto che i 20 anni di casa di forza non dovessero essere giammai ed in alcun caso sorpassati? Rammentiamoci che qui si tratta di pena temporaria, che deve ritenere sempre il proprio carattere, anche a senso dell' elogiato autore (op. cit. pag. 104). Ora all' uomo che ha subito venti anni di casa di forza, e che, mediante questa pena, ha soddisfatto al pubblico esempio, ed ha avuto tempo per correggersi, che di più può domandare la società? perchè diminuirgli quel poco di tempo di vita che gli rimane a godere della sua libertà? perchè opprimerlo ancora, togliendogli la speranza di vivere tanto da uscire dal luogo di pena? Vero è, che leggiamo una simile disposizione nel Codice Gregoriano e Sardo agli articoli 49 e 115. Abbiamo detto che quest' ultimo non ha adottata la teoria del concorso di più pene. È da sapersi però, che vuole un aumento di un grado o due nella pena maggiore; ma quando questa giunge ai venti anni, finge un grado di più o due per trovare questo aumento. Il gregoriano poi porta la galera dai 20 ai 25 anni

nell' unico caso in cui taluno sia reo di più delitti portanti ciascuno alla pena de' lavori pubblici per anni venti; ma nel concorso di altre pene temporarie, compresa quest' ultima, che non giungono a detto periodo di tempo, ha ritenuto che il massimo della pena non deve eccedere il periodo stesso

di venti anni. Da queste disposizioni, di per se stesse severe, emerge, che se si è spinta la pena temporaria più grave al di là del ventennio, si è spinta o in un solo caso, o in pochi casi. Il Codice nostro la generalizza in modo da renderne l'applicazione assai più frequente.

ART. 75. — Nel concorso di più pene restrittive di specie diversa , le pene inferiori accrescono la durata della superiore . Al quale effetto due giorni di casa di forza, tre di carcere, e quindici di esiglio particolare, equivalgono scambievolmente fra loro . Ma neppure in questo caso si possono oltrepassare gli estremi , stabiliti nell' articolo precedente .

Osservazioni sull' articolo.

Quest' articolo conduce ad esasperare la massima ritenuta nell'art. 72 nella sua attuazione .

L' articolo precedente suppone il caso, che i delitti dei quali taluno è dichiarato reo portino tutti alla medesima specie di pena, e fissa il limite massimo di ciascuna di esse insieme riunite. Quello in esame suppone l'altro caso, ben più facilmente contingibile, che le pene dovute per ciascuno dei delitti sieno di specie diversa , e ordina che le pene inferiori accrescere debbano la durata della superiore nella proporzione che viene indicata .

Le nostre osservazioni su questo articolo, prima si occu-

peranno del decretato modo di conversione , quindi della maniera di porlo ad effetto .

Quelli fra gli scrittori della scienza penale , che predicano la osservanza della massima stabilita da Ulpiano nella tante volte citata *Leg. Numquam ff. de privat. delict.* concordemente insegnano, doversi condannare il delinquente per ciascun delitto di cui si è fatto reo, in altrettante pene , quali sono quelle dalla legge determinate per i delitti medesimi ; eglino vogliono che la legge penale sia eseguita in ciascuna delle sue sanzioni ; niuno ha mai immaginato di convertire le pene diverse in una sola, accordando alla maggiore la preferenza per dare alla legge esecuzione; raccomandano anzi che si cominci

da prima a far subire la più grave, e, quella consumata, si passi alle inferiori. Questa disposizione, dice il Giuliani, ha fondamento nella umanità, poichè il reo passando dalla pena più grave alla leggiera, prova un sollievo che non sentirebbe se prima gli venisse applicata la più lieve; così prescrive il Codice Gregoriano all'art. 22.

Ora il Codice nostro con l'ordinare che le pene inferiori accrescere debbano la durata della superiore, non solo ha resa più grave e più severa la teoria di Ulpiano, ma ha portato un forte attacco alla legge penale. L'aggravio a colpo d'occhio si dimostra nel convertire in casa di forza la carcere e l'esilio; l'attacco alla legge penale nasce dal vedere che quella pena che il Legislatore ha creduto corrispondente al delitto, si trasforma in altra di maggiore intensità e gravità, facendo così una profonda ferita a quel calcolo politico su cui basasi la giustizia della pena. Così non è sufficiente per il Codice nostro, che il reo di più delitti abbia tante pene quante per quei medesimi delitti la legge ne minaccia. Vi si

aggiunge di più, che le pene diverse si trasformino in una sola, ma più grave.

Infatti dovendo ritenere che il Legislatore nel dettare le pene dovute per ciascun delitto, si è partito dalla regola che insegna la scienza, di misurare cioè la repressione a seconda della prava intenzione, e del danno o pericolo sociale, si vede a colpo d'occhio che la misura della conversione ordinata in questo articolo produce necessariamente le due notate conseguenze, e distrugge la base su cui si appoggia la economia penale; mentre se il Legislatore ha creduto sufficiente per quel delitto, per esempio la carcere o l'esilio, si vedano queste convertite in casa di forza: aggrava la condizione del condannato, perchè la legge non limita le sue sanzioni all'infliggergli tante pene quanti sono i delitti commessi, ma le estende, convertendo le minori nella maggiore.

Si obietterà: ma non riconoscete voi un inconveniente nel passaggio del condannato da una all'altra pena diversa, cominciando dal subire la più grave, come insegnano i fauto-

ri del sistema del concorso di più pene ? (*vedi pag. 229 vol. II*), e non si affaccia come più semplice il sistema di convertirle tutte in una sola ? Noi , ammessa per ipotesi la teoria del concorso di più pene , concorso che per le allegate ragioni abbiamo combattuto, non vediamo inconveniente alcuno in quel passaggio, perchè lo ravvisiamo come una conseguenza necessaria di quella teoria : ma se inconveniente si vuole che sia , non dovrà tollerarsi di fronte a quelli gravissimi che abbiamo rimarcato ? La legge è opera degli uomini : risentirà sempre, anche ben fatta, le imperfezioni della umana natura ; onde è che deve prescegliersi sempre quella che ne presenta delle minori in quantità ed in intensità .

A giustificare la innovazione di cui ci siamo occupati, il tante volte rammentato autore della *Teorica del Codice Penale* a pag. 102 allega tre ragioni ; la prima toltà , egli dice, dal Diritto Romano, e dalla patria legislazione ; la seconda dall'esempio di altri Codici moderni ; la terza dalla quasi uniformità delle pene dal Codi-

ce nostro sancite. Esaminiamo pacatamente ed imparzialmente ciascuna di dette ragioni .

Il testo della Legge Romana da cui si toglie, se non una prova, almeno un argomento della opportunità della conversione di più pene diverse nella maggiore è la *Leg. 5 ff. de re milit.* , che si esprime in questi termini « *ivi* » Qui desertio alius crimen adiungit » *gravius puniendus est; et si* » *furtum fecerit, veluti alia* » *desertio habebitur.* » A dir vero in questa legge noi non troviamo il più lieve appoggio al sistema di conversione, che il Codice propone ; parla essa di un delitto puramente militare , cioè della diserzione, a cui sia congiunto altro delitto : e stabilisce per regola, che per il concorso di quest'ultimo con la diserzione, l'autore dell'uno e dell'altra deve punirsi di più (*gravius puniendus est*) ; qui non si prescrive l'uso di due pene, ma bensì si dice che la pena della diserzione deve aggravarsi : nelle notate parole, non solo non abbiamo l'applicazione della regola prescritta dalla Legge *Numquam ff. de priv. delict.* , cioè la ir-

rogazione di due pene per il concorso di due delitti, ma abbiamo invece una pena sola aggravata, e così la osservanza della teoria contraria dell' assorbimento delle pene, che permette l' aumento di quella più grave per reprimere la prava abitudine a delinquere: la già riportata legge volendo adottare una limitazione alla decretata misura di punire, soggiunge, che se alla deserzione si aggiunge il furto, *veluti alia desertio habebitur*; il che vuol dire che la pena della deserzione sarà per il concorso del furto raddoppiata: qui siamo ben lontani dalla teoria della conversione sancita dal nostro Codice, perchè non si dà la pena del furto; ma il concorso del furto con la deserzione, forma una circostanza aggravante di quest'ultima, con la quale il furto si confonde.

Ma in ogni ipotesi, quale relazione può avere una disposizione relativa ad un delitto speciale, e quel che è più, d' indole militare, che esige maggiore repressione, con un sistema di punizione generale che concerne delitti ordinarii, e pene non militari ma civili, e

che abbraccia non una ma tutte le delinquenze? Noi non sapremmo vederne alcuna.

Lo stesso sembra a noi che debba dirsi della patria legge del 31 Dicembre 1836. Questa legge all' articolo 5 prevede il caso della evasione qualificata dalle case di detenzione e di reclusione: le circostanze *qualificanti* sono la rottura del carcere, la resistenza, le offese a chi avesse voluto impedirle; essa punisce tale evasione, se avvenuta dalla casa di detenzione, con il passaggio da questa pena all' altra più grave della reclusione per altrettanto tempo quanto fu quello della prima condanna, senza riguardo alla pena precedentemente dall' evaso subita: se avvenuta dalla casa di reclusione con il raddoppio del tempo della primitiva pena, senza detrarre quello già in essa passato. Dopo queste disposizioni il legislatore scende a prevedere due altri casi, sempre nella esistenza della evasione qualificata, cioè il concorso di altri delitti con la evasione medesima: se questi meritano una pena più grave di quella della reclusione, l' evaso deve subire, e la pena del-

la evasione, e l' altra più grave sancita agli altri delitti : se meritano pene minori della reclusione , quelle pene si convertiranno in reclusione da sei mesi ad un anno, ferma stante quella dovuta per l' evasione .

Ciò premesso ognun vede che nel primo caso la legge punisce l' evasione qualificata , e considera i fatti criminosi da cui è accompagnata come facienti parte di essa , e costituenti così un' unico e solo delitto: nel secondo caso procede nel senso contrario, cioè ordina la punizione del delitto addietto alla evasione con la pena sua propria , aggiunta all' altra della evasione medesima : nel terzo caso ritenuta la repressione di questa , vuole che le pene inferiori alla reclusione nella reclusione si convertano , e che così sia aumentata la di lei durata .

Da ciò fa duopo logicamente e giuridicamente inferire che : nel primo caso non esiste nè concorso di pene, e molto meno conversione della pena minore nella maggiore , ma una sola punizione per un unico delitto accompagnato a circostanze che lo rendono qualifi-

cato: nel secondo caso, che sebbene si trovi il concorso di più pene , non esiste conversione , ma le pene più gravi concorrono con la minore che è la reclusione : nel terzo caso esiste del pari l' indicato concorso , ma non la conversione nel suo vero e proprio significato , perchè non per una teoria generale come quella dal codice adottata la conversione stessa si opera, ma per lo speciale riflesso che la legge trovandosi in presenza di due distinti delitti, vuole che a quello che fu conseguenza del primo , si infligga non la punizione ordinaria, ma una pena assai più severa desunta dalla gravissima circostanza che un delinquente già servo di una precedente repressione, oltre all' essersi a quella sottratto, si è reso reo di altro delitto , in spreto evidente dello scopo che il legislatore si era prefisso di correggerlo e migliorarlo .

Passiamo alla seconda ragione. Abbiamo veduto che un solo dei Codici Italiani adotta il concorso di più pene, cioè il Gregoriano; ma esso non segue davvero il sistema di conversione prescritto dal nostro Codice ;

vero è che il secondo progetto di un Codice penale per il già Regno Italico aveva proposto il sistema suddetto in un modo poco dissimile da quello dal codice nostro adottato. Questo esempio forma ben tenue autorità, perchè quel progetto non fu ridotto mai a legge, ed i legislatori che vennero dopo non lo curarono affatto; rimase quindi una privata opinione dei redattori, pregevole senza dubbio, perchè la maggior parte erano valenti giureconsulti che ponevano in campo una teoria nuova; ed ognuno sa con qual diffidenza nelle scienze morali le novità debbano riceversi. Vero è altresì che alcuni codici penali di oltre monte e d'oltre mare, hanno di poi questa teoria adottata ed attuata. Ma questa autorità dovrà a noi imporre in modo da riceverla, come suol dirsi, a occhi chiusi, sicchè senza sottoporla al crogiuolo della esperienza e della ragione, dobbiamo chiamarla, come la chiama il già lodato autore della teorica del codice penale, *l'ultima parola della scienza?*

Esaminiamo adesso la terza ragione. Il citato egregio auto-

re confessa che i metodi di punizione dal nostro codice adottati, sebbene *differenziati* nel regime dei condannati e in certi effetti giuridici, conservano tuttavia fra di loro una grandissima somiglianza, e così la difficoltà che incontravasi nel regime penale antico, viene a togliersi affatto di mezzo col determinare un ragguaglio di scambievolmente corrispondenza dell'una con l'altra. Questo ragionamento che scuopre un vizio intrinseco nel magistero penale adottato, col denunziare la quasi uguaglianza delle due pene della casa di forza e del carcere chiamate a reprimere delitti rispettivamente più gravi e più leggieri, vizio di cui noi facevamo parola a pag. 103 vol. I, non risponde che imperfettamente all'obiettivo, mentre fra le pene che debbono convertirsi in casa di forza ed in carcere vi è l'esilio, pena davvero ben diversa dalle altre due, e di loro più lieve, perchè lascia all'uomo la sua piena libertà; sia pure il calcolo di ragguaglio tenue, ma ciò non pertanto niuno vi sarà che volentieri si adatti a passare il tempo, che risulta da questa

riduzione , racchiuso solo fra quattro mura, piuttosto che all'aria libera. Quì dunque vi è aumento di sofferenza , e di fronte alla legge che minacciava per quel delitto l'esilio e non carcere o la casa di forza, e di fronte alla natura intrinseca delle due pene , cioè di quella designata e di quella sostituita .

Quanto poi alla sostituzione della carcere in casa di forza, noi troviamo un altro riflesso che prova esistere aggravamento nella sostituzione medesima, checchè sia della affinità fra le pene . La casa di forza sottopone il condannato alla piena interdizione fino a che dura la pena medesima (*art. 46 § 4*); la carcere e l'esilio non producono detta interdizione . Ciò non pertanto per tutto quel tempo che deve continuare la casa di forza, come rappresentante nel caso in esame la carcere e l'esilio, la interdizione non sarà tolta ed il condannato rimarrà sotto curatela. Questo aggravio non è tenue, e serve accennarlo per esserne convinti, senza spendervi altre parole .

Concludendo diremo che non

sembraci giustificato l'aggravio che si dà all'autore di più delitti , obbligandolo a subire non la pena a ciascuno di essi dalla legge minacciata , ma a soffrire invece la maggior durata della pena più grave, mediante una conversione che poteva facilmente evitarsi .

Il legislatore l'ha voluto, e noi pieghiamo con reverenza il capo: non vorrà per altro toglierlisi quella lusinga che abbiamo palesata nel nostro commento al precedente art. 72 a pag. 232.

Facile è poi la maniera di eseguire ciò che la legge prescrive; i magistrati che debbono giudicare in un solo giudizio l'uomo reo di più delitti meritevoli di pene restrittive di specie diversa (escluso l'ergastolo) cominceranno nella loro sentenza ad assegnare a ciascuno dei delitti suddetti, la pena che credono ad esso dovuta, togliendola entro i limiti della legge determinati; ciò eseguito, daranno luogo alla conversione delle minori nella maggiore, osservando le regole nell'articolo in esame prescritte , e quindi cumulando le diverse quantità , pronunzieran-

no il tempo della durata dell' unica pena cui il delinquente deve soddisfare ; questo cumulo per altro non può eccedere la durata che l' articolo precedente assegna alle pene in esso designate .

E qui a maggiore schiarimento della condizione in ultimo determinata, di non eccedere il limite massimo nel precedente articolo fissato, crediamo opportuno recare un esempio. Tizio è reo di sei delitti , due dei quali punibili con casa di forza, due con carcere, due con esilio. I giudici debbono prima designare la durata della casa di forza dovuta ai primi due , e se questa cumulata passa o giunge agli anni 25, si fermeranno a quest' ultima , inutile essendo che procedano alla conversione in casa di forza delle altre, perchè il termine massimo è raggiunto e più oltre non può andarsi , sicchè l' assorbimento delle pene minori nella maggiore diviene necessario . Se poi, cumulate le due pene della casa di forza , si resta al di sotto del limite massimo che sopra , si passa allora a determinare quanta carcere hanno meritato gli al-

tri due delitti , e se questa eccede gli anni otto, termine massimo, si riduce a quest' ultima quantità, quindi con il ragguglio determinato all' articolo in esame, si aggiunge alla casa di forza voluta per i primi due delitti, la quota richiesta per i secondi; se le due quote cumulate giungono o superano gli anni venticinque , la punizione deve arrestarsi, per la ragione accennata, a quest' ultimo limite. Se resta inferiore a detto termine si fa luogo a stabilire la quantità dovuta alla pena dell' esilio, in applicazione della quale ricorrono le medesime regole , sempre ritenendo per positivo di non sorpassare i venticinque anni della casa di forza . La stessa operazione dovrà farsi, quando la carcere e l' esilio soltanto saranno fra loro in concorso .

Ora questo facile , ma complicato modo di esecuzione, mostra sempre più la imperfezione , se non assoluta , relativa almeno, dei due adottati sistemi del concorso di più pene, e della conversione delle minori nella maggiore , e fa rifulgere la naturale semplicità della contraria teoria dell' assorbi-

mento .

Infatti, spingete pure al di là dei limiti legali le pene , convertitele a vostro senno: verrà pur troppo un punto su cui vi dovrete arrestare, e ritornare a quella teoria che avete abbandonata : sicchè allora non più del concorso o della conversione, ma dell' assorbimen-

to, sarà giuoco forza fare uso. Questo riflesso non suggerisce essere miglior consiglio , starsene alla massima primitiva , più che secolare, ponderata dal senno e dalla esperienza dei nostri maggiori, i quali riconoscevano sufficiente l' aumento della pena più grave per reprimere la reiterazione ?

ART. 76. — La riprensione giudiziale rimane assorbita da ogni pena , con la quale concorra , fuorchè dalla multa .

Osservazioni sull' articolo.

È ben ragionevole il ritenere che la riprensione giudiziale , ultima nella scala penale , debba rimanere assorbita dalle altre , nel caso che con essa concorrano. Essa consiste (articolo 23 del codice) in un grave avvertimento in pubblica audienza fatto al delinquente : ora la pronunzia di una pena affittiva, ha in se qualche cosa più di un semplice avvertimento per grave che sia , e il decretarlo in questa eventualità renderebbe quasi ridicolo il giudicato .

L' articolo in esame esclude per altro dall' assorbimento suddivisato, la multa che concorra con la riprensione giudiziale, e vuole in conseguenza che nel caso che un uomo sia reo di due delitti, uno dei quali sia minacciato dalla multa, l'altro dalla riprensione giudiziale , egli sia condannato ad

ambidue le pene . Questa sanzione sembrerebbe quasi in opposizione col motivo che ammette l' assorbimento operato in questo caso dalle pene affittive, mentre se è vero che una sentenza che condanna ad una maggior pena (e tale è la multa di fronte alla riprensione giudiziale) ha in se stessa un biasimo della condotta del colpevole, e così porta alla solenne disapprovazione dei magistrati , l' altra della riprensione diviene inutile . Ma in questo caso il legislatore ha voluto ritenere la regola, approvata anche dai seguaci del sistema plenario dello assorbimento , che esclude sempre dallo assorbimento medesimo le pene pecuniarie, quando concorrono con le non congeneri .

Il disposto di questo articolo e dei precedenti , ci richiama a quattro questioni che non possiamo trascurare .

1.^a questione. La multa

concorrente con le pene restrittive della medesima specie, è assorbita da quest' ultime, o deve pronunziarsi insieme con esse?

2.^a *questione.* La multa concorrente con le pene restrittive di specie diversa, è sottoposta alla conversione determinata per quest' ultime?

3.^a *questione.* La teoria del concorso di più pene si applica anche ai casi, nei quali taluno sia reo di più delitti repressi soltanto con pena pecuniaria?

4.^a *questione.* Nel concorso di più pene pecuniarie si può eccedere nella loro cumulazione il limite massimo stabilito dall' art. 22 § 1?

La prima questione a parer nostro è decisa dal testo letterale dell' articolo 72, il quale con una disposizione generale comprensiva di tutte le pene e di tutti i delitti, vuole che al colpevole di più delitti si applichino tutte le pene nelle quali è incorso; fra queste vi può essere la pecuniaria, la quale non rimane assorbita, ma deve soddisfarsi. Esiste anche un doppio argomento di discrezionalità che appoggia la nostra conclusione;

il primo si toglie dal successivo articolo 73, il quale nella pena capitale o quasi, eccettua dall' assorbimento la multa; il secondo dall' articolo che commentiamo che fa eguale eccezione di fronte alla multa che concorra con la riprensione giudiziale. Se dunque in questi due casi la multa non è assorbita, per uguale o maggior ragione non lo sarà negli altri casi.

La seconda questione a noi pare che debbe essere risolta per la negativa. La legge nell' articolo 75 parlando di conversione vi comprende solo le pene restrittive di specie diversa; fra queste l' articolo 32 non enumera la multa, dunque la multa non deve essere convertita, ma rimane nel concorso quale di sua natura è. Si potrebbe obiettare che l' articolo 74 § 1 somministra il sistema da tenersi nella conversione della multa in carcere, e che perciò questo sistema potrebbe adottarsi anche nel caso in esame. A tale obietto replicasi che la conversione di che parla l' articolo 74 § 1, è limitata al solo caso d' insolenza del condannato; sarebbe odiosa e contraria ad ogni prin-

cipio di ermeneutica legale la estensione da caso a caso a danno del condannato .

La terza questione si dirime con lo stesso riflesso che è servito a risolvere la prima . Chi è debitore di più delitti portanti a pena pecuniaria, deve per il disposto al citato articolo 72 subire tante pene quanti sono i delitti commessi, e se queste sono pecuniarie, deve sodisfarle tutte .

La quarta questione deve risolversi per l' affermativa . Quali sieno le pene che debbono nel loro limite massimo aumentarsi, lo dice è vero l' articolo 74 ; fra queste non è la multa . Quali sono le pene minori da convertirsi nelle mag-

giori lo dice del pari l' articolo 75; e fra queste non è la multa . Dunque dovrebbe concludersi che la pena pecuniaria non deve variare la sua indole, natura e durata e rimanere qual è ; ma l' articolo 22 § 4 espressamente, dopo avere fissato il limite a questa pena , soggiunge « ivi » salvo il caso » del concorso di più pene; » dunque la multa in questa emergenza non ha limite alcuno e può spingersi a grave somma : ed in tal caso le osservazioni che abbiamo fatte a pag. 205 vol. I crescono d' importanza, perchè si va facilmente incontro a convertire la pena pecuniaria in confisca .

ART. 77. — Le regole stabilite nei precedenti articoli 74 e 75 si debbono applicare, ognorachè lo stesso colpevole venga contemporaneamente condannato per più delitti dal medesimo tribunale.

Osservazioni sull' articolo 1

Questo articolo le di cui disposizioni sono semplicissime e chiare, ci richiama a parlare delle nostre vigenti leggi di procedura penale, che si riferiscono all'individuo imputato di più delitti, e che si trova per essi *sub judice*.

Abbiamo già detto che la nostra giurisprudenza aveva adottata la regola dell' assorbimento; per sostenerla era d'uopo fare in modo di riunire più che fosse possibile le procedure criminali iniziate in più tribunali contro uno o più delinquenti imputati contemporaneamente di più delitti, in un solo tribunale istruente; e le consuetudini esistenti portavano che il potere centrale riuniva in un solo tribunale le medesime, e a lui ne delegava la compilazione con incarico agli al-

tri di soccorrerlo nelle verificazioni. Queste compite, il giudizio spettava all' unico tribunale criminale esistente, se si eccettui quello della soppressa Ruota di Grosseto, il cui Presidente si concertava con l' altro della Ruota Criminale di Firenze, onde provvedere a simili eventualità. In tal modo era evitato il caso che nel concorso di più separati giudizj, mancasse di applicazione la già detta regola dell' assorbimento delle pene.

Avvenuta la riforma dei Tribunali col Motuproprio del 2 Agosto 1838, e create le giurisdizioni dei tribunali di prima istanza, e di una sola Corte Regia, chiamata a risolvere le cause della maggior competenza criminale, era necessario provvedere con speciali disposizioni alla riunione dei giudizii, là ove poteva ricor-

rere l'applicazione della regola medesima. A ciò sodisfecero le DD. ed II. del 9 Novembre 1858 agli articoli 313, 314 e 315. Questo sistema continuò a praticarsi quando fu creata in Lucca una seconda Corte Regia. Ma adesso che il nostro codice ha abbracciato la teoria contraria sul concorso delle pene, sembra che quelle disposizioni sieno implicitamente abrogate, salvo il caso di delitti connessi, o nei quali esiste continenza di causa, mentre allora la necessità di un giudizio unico è appoggiata a differenti canoni di diritto.

Era ben naturale quindi il limitare il disposto degli articoli 74 e 75 a quei soli casi, nei quali lo stesso colpevole venisse contemporaneamente condannato per più delitti dal medesimo tribunale; mentre se su tali delitti contro di esso pendono avanti i Tribunali diversi e separati giudizi, ognuno di essi pronunzia la pena dovuta a quello di cui ha preso cognizione. Così si ottiene lo scopo che si è prefisso il legislatore, perchè il colpevole avrà tante pene quanti sono i delitti sui quali dai diversi tri-

bunali è stato giudicato.

Ciò non pertanto due risultati differenti avremo in quest'ultimo caso di giudizi pronunziati da tribunali diversi contro il medesimo individuo. Avremo quello della mancanza della conversione delle pene minori nella maggiore, mentre il colpevole sarà per ciascuno dei delitti commessi condannato alla pena dalla legge a quel delitto minacciata. Ed allora qual sarà il metodo che si terrà nella esecuzione delle pene? Il codice non lo dice, ed avrebbe dovuto dirlo, mentre il disposto all'articolo che si commenta suggeriva per necessità il caso da noi preveduto: dovrà seguirsi la regola dataci dai seguaci di Ulpiano, di cominciare cioè dallo eseguire la più grave, quindi passare alle minori? ma allora si distruggerà la regola della conversione stabilita all'articolo 75. E se si deve operare la conversione chi la decreterà?

L'altro risultato è il seguente; immaginiamoci che l'uomo giudicato per più delitti da diversi tribunali, sia condannato o alla casa di for-

za o al carcere , o all' esilio , sempre entro i limiti dalla legge determinati ; ma può bene avvenire che queste pene poste insieme, eccedano i venticinque anni di casa di forza , gli otto di carcere , i cinque di esilio, termini che non debbono esser sorpassati , secondo l' articolo 74. Qual rimedio vi sarà allora contro tale eccesso, nato all' insaputa dei tribunali giudicanti? Il codice tace; ed è

cosa sorprendente, mentre casi simili sono di frequente contingenza .

A provvedere alle due rimarcate eventualità , noi non troveremmo altro compenso che quello di imporre a coloro cui la legge affida la esecuzione delle sentenze criminali , l'obbligo di darne conto al Ministro di Giustizia e Grazia , perchè convenientemente provveda.

ART. 78. — Dove un condannato all' ergastolo abbia commesso , dopo la sua condanna, un altro delitto , che non porti alla morte, soggiace ad un aumento di segregazione continua , il quale

a) si estende a tutta la vita , se anche il nuovo delitto è minacciato di ergastolo ; e

b) si può estendere fino a dieci anni, se il nuovo delitto è minacciato di pena inferiore all' ergastolo , ma superiore ad un anno di carcere .

Osservazioni sull' articolo.

Si prevede in questo articolo il caso in cui l' uomo condannato all'ergastolo commetta, dopo la condanna, un delitto che non porti alla pena capitale , e si determina il modo di punizione di cui nello stato in cui trovasi può essere suscettibile ; e questa punizione in altro non può consistere che nella sottoposizione di lui alla segregazione continua fino a che vive, o in un aumento della segregazione medesima durabile fino a dieci anni .

All'occasione del nostro commento all'articolo 15, a pagina 115 volume I, abbiamo indicati i casi nei quali nella pena del-

l' ergastolo cessa la segregazione continua , e può il condannato , se vuole , vivere in comunione con gli altri condannati . Questi casi sono tre :

1.^o quando si è compiuto il 20^{mo} anno di segregazione .

2.^o quando il condannato durante la pena giunge al 70^{mo} anno .

3.^o quando ha già 70 anni , prima di subire la pena a cui è stato condannato .

Questi alleviamenti alla sua orribile situazione cessano , o sono per un tempo interrotti , se egli si rende debitore nel luogo di pena di un delitto che porti punizione inferiore alla capitale , poichè se commette uno di questi dovrà subire la

pena stessa .

Noi , inclinati sempre alla temperanza, ci professiamo inesorabili contro quei che nei luoghi ove subiscono la pena , commettono dei delitti , specialmente quando lo scopo della pena che consumano tende alla loro correzione . Ciò non pertanto nel tempo che troviamo giusta la sottoposizione del condannato alla separazione continua durante la sua vita , se commette delitto represso con l'ergastolo, ci sembra alquanto severa l'altra decennale, anche di fronte a quei delitti che non meritano che un anno di carcere. Vero è che dipende dal prudente arbitrio dei giudici lo spingerla tant'oltre; ma questo arbitrio comparisce qui soverchiamente esteso, e poteva frenarsi, limitando il decennio ai delitti minacciati di casa di forza, e il quinquennio agli altri minori punibili con un anno di carcere o più .

È da credere che quando il condannato all'ergastolo si rendesse reo di delitti portanti a pena minore dell'ultima indicata, sarà represso con le misure disciplinari dal regolamento locale autorizzate .

A noi ha recato sorpresa il non rintracciare in questo titolo, nè in altra parte del codice una disposizione punitiva di coloro che nel tempo che subiscono la pena della casa di forza o della carcere, si rendono debitori o dei medesimi delitti o di altri . Questo fatto che da quasi tutti gli scrittori di scienza penale è equiparato alla vera e propria recidiva, come a luogo più opportuno osserveremo, merita per certo aumento di pena e non tenue , e perchè il condannato si contamina di altro fallo in quel luogo che è destinato a migliorarlo , e perchè nello spregiare la pena si mostra alla legge ribelle e di una indomabile incorreggibilità. Nè vale il dire che *il sistema di separazione continua fa remotissimo il caso di altre delinquenze*, perchè , se si è preveduto quello del condannato all'ergastolo, doveva ben prevedersi l'altro dei condannati alla casa di forza ed alla carcere , che sono sempre in maggior numero, e che rendono così, se non facile, men raro il caso di nuove delinquenze . Dal silenzio perciò del nuovo codice in proposito deve indur-

si che costoro saranno puniti alla pari degli altri che non sono sotto il dominio della pena, salvo ai Magistrati che debbono giudicarli lo spingere la pena fin dove i limiti dalla legge segnati possono permetterlo . Ma quest' ultimo rimedio sodi-

sfarà al bisogno della repressione? La misura di punire determinata dalla legge nei casi ordinarj, potrà esser sufficiente in un caso straordinario , e prevedibile come quello di cui si tratta ?

ART. 79. — L' aumento di segregazione , indicato sotto lettera *b* dell' articolo precedente , è divisibile ad anni .

Questo articolo non merita commento , perchè non è altro che la continuazione del precedente , e non è diretto che a determinare la divisibilità dell'aumento temporario della se-

parazione continua , portato nel massimo suo limite fino al decennio. Senza farne un articolo separato poteva formare un paragrafo del precedente .

ART. 80. — Più violazioni della stessa legge penale, commesse in uno stesso contesto di azione, o, anche in tempi diversi, con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa, si considerano per un solo delitto continuato; ma la continuazione del delitto accresce la pena entro i suoi limiti legali.

Osservazioni sull' articolo.

Tanto l' articolo sopra trascritto, quanto il successivo, formano altrettante eccezioni alla regola generale stabilita all' art. 72. Sì l' uno che l' altro sono stati, fino dai primi tempi dell' attuazione del nostro codice, dai tribunali diversamente intesi ed applicati, sicchè è stato più volte necessario che la Corte Regolatrice intervenisse per determinare la vera intelligenza da darsi ai medesimi.

Nelle nostre osservazioni sulla rubrica di questo titolo a pag. 224 nell'enumerare le diverse eventualità nelle quali può ravvisarsi in astratto il concorso di più pene, abbiamo al caso secondo fatto parola del delitto continuato, e ne ab-

biamo data quella nozione che dalla scienza penale viene determinata. L' articolo in esame contempla questo caso, e lo sottrae alla regola generale stabilita all' articolo 72; in ciò il codice non ha deviato, ma anzi si è pienamente uniformato ai precetti della scienza da noi spiegati; noi non vogliamo qui ripeterli, onde ci limitiamo ad emettere un' analisi giuridica degli estremi che il codice esige per ritenere la esistenza del delitto continuato.

*Delitto continuato —
suoi estremi.*

Di tre estremi l' articolo che commentiamo richiede il simultaneo concorso, acciò che possa e debba l' azione criminosa assumere il giuridico ca-

rattere di delitto continuato :

1.° più violazioni della stessa legge penale :

2.° che queste sieno commesse nello stesso contesto di azione , o anche in tempi diversi .

3.° che queste violazioni sieno perpetrate con atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa. — Esaminiamo questi estremi ad uno ad uno .

Primo estremo.

Le azioni criminose che assumer possono la divisa del delitto continuato debbono esser più , non una sola , ma ripetute e materialmente costitutive più delitti della medesima specie , perchè se l' azione fosse sola avremmo un delitto unico, e così una e non più violazioni. Oltre a ciò esse debbono ledere la stessa legge penale, il che vuol dire, debbono riferirsi ad un solo e medesimo delitto , ledere un solo e medesimo diritto , esser contemplate e punite da una sola e medesima legge penale; dappoichè se ciò non fosse, ed invece avessimo più violazioni di

diverse leggi, costituenti, non uno solo ma più delitti, rappresentate con altrettante pene , noi avremmo in detta circostanza non un delitto continuato , ma tanti delitti distinti e diversi , tutti punibili con la pena ad essi dalla legge penale assegnata, e così posti sotto l' impero della regola generale stabilita all' artic.° 72. Un esempio schiarirà meglio il concetto del legislatore . Tizio si introduce nella casa di Sempronio , e da essa invola una somma di danaro spettante a quest'ultimo, e un vezzo di perle di proprietà di Caio. Tizio materialmente commette due furti , uno a danno di Sempronio , l' altro a pregiudizio di Caio , ma siccome egli ha violata due volte la stessa legge penale , in danno di due diverse persone sì , ma col proposito di ledere un solo diritto che è quello di proprietà , così la legge stessa ritiene questa doppia violazione, come un solo delitto di furto, ma, continuato , fingendo che le due violazioni ne costituiscano una sola , e ciò per non sottoporre il reo ad una doppia pena . Al contrario figuriamoci che Mevio rissando con Stico , diriga

contro di esso delle ingiurie, e poi lo percuita. Mevio ha violato non una stessa legge penale, ma bensì due distinte e diverse, cioè quella che reprime le ingiurie, e l'altra che punisce le lesioni personali; ha perciò commesso non un delitto continuato, ma due diversi e distinti delitti, e secondo l'articolo 72 ha meritato due diverse e distinte pene.

Secondo estremo.

Non importa che più violazioni della stessa legge penale avvengano nello stesso contesto di azione; possono ancora verificarsi in tempi diversi: ciò che è necessario a constatarsi sta nell'esaminare, se l'azione ripetuta in diversi tempi ha i medesimi caratteri giuridici, ed è repressa con la stessa legge. Noi abbiamo di sopra riportato l'esempio di una violazione duplice avvenuta nello stesso contesto di azione; qui ne riporteremo altro, in cui la ripetizione è avvenuta in diversi tempi; quella coppia di amanti lussuriosi, che, o in spreto del vincolo del sangue che li lega, o violando la fede co-

niugale, ripetono o il delitto di incesto o di adulterio, ogni volta che loro si presenta l'occasione, commettono materialmente altrettanti delitti dell'una o dell'altra specie, ogni qualvolta si congiungono, ma in effetto, di fronte alla legge penale si rendono debitori di un solo dei detti reati, ma continuato, ed una sola e non più pene deve esser loro inflitta.

Terzo estremo.

La nostra legge vuole, che gli atti costituenti la ripetizione dello stesso delitto sieno informati dalla medesima risoluzione criminosa; con ciò vuolsi che la prava intenzione del reo nella ripetizione degli atti criminali, violatori della stessa legge, sia animata dalla medesima causa a delinquere, o, per parlare il linguaggio del celeberrimo Romagnosi, la stessa spinta informi le ripetizioni medesime; così per esempio, se il servo infedele abbia più volte ed in diversi tempi derubato il padrone, avrà commesso un furto continuato, perchè era spinto dal medesimo pravo animo di far lucro.

Ma se, licenziato dal padrone, per vendetta, rompesse o guastasse i di lui mobili, agirebbe sotto l'impulso di una causa diversa, e commetterebbe un delitto ben distinto dal furto. Così quel dissoluto che, dopo aver più volte abusato di donna ad altri unita, la ingiuriasse o la diffamasse o la percuotesse, sarebbe debitore e di adulterio e di ingiurie, o di diffamazione o di lesioni personali, perchè questi ultimi fatti non sono informati dal turpe fine di sozza libidine, ma da altra rea intenzione.

Ora che abbiamo percorsi gli estremi richiesti nel delitto continuato, seguendo la lettera e lo spirito della legge, ed anche la interpretazione che le ha dato la Corte Regolatrice, nelle sue normali decisioni del 2 e 4 Ottobre 1854, passiamo a dire, quali altre norme la Corte stessa ha ai tribunali dettate nelle non infrequenti deviazioni da essi commesse dalla legge medesima.

*Giurisprudenza della Corte
di Cassazione.*

Allorchè sono state commes-

se nello stesso contesto di azione dalla medesima persona a danno di altra più e diverse lesioni personali, la Corte Suprema con le sue decisioni degli 8, e 19 Luglio, 12 Agosto e 4 Ottobre 1854, ha ritenuto che non si trattava di delitto continuato, ma di delitto unico e semplice, e così, non di più, ma di una sola violazione della legge penale, il che non sarebbe avvenuto, se delle lesioni personali che sopra fossero state passive due o più persone diverse, mentre allora non ricorrerebbe l'applicazione dell'articolo di cui ci occupiamo, ma l'altra dell'articolo 72, perchè tante violazioni della stessa legge penale sarebbero avvenute, quante erano le persone rimaste lese.

Ha ritenuto altresì con la citata decisione del 4 Ottobre 1854, e con le successive del 16 e 22 Agosto 1855, la medesima conclusione nel caso in cui taluno, contro il medesimo individuo si rendesse reo di ingiurie e di lesioni personali, appoggiandosi alla dedotta ragione che trattavasi di delitti che violavano non la stessa legge penale, ma leggi penali di-

verse .

Finalmente la stessa Corte con il suo Decreto del 28 Giugno 1854 disse applicabile l'articolo che commentiamo al seguente fatto . Più individui eransi recati alla finestra di un magazzino di grano , mediante insalizione , e dai vuoti della ferrata ivi esistente, mediante un bastone, nella cui estremità esisteva una larga borsa, estraevanopoco alla volta il grano suddetto , ponendolo entro dei sacchi , che avevano portato in numero di nove. Costoro furono sorpresi in flagrante, e quando avevano loco-mossa una quantità di grano , con la quale non avevano ancor pieno il primo sacco . Il Tribunale ordinario ritenne consumato il furto per quest' ultima quantità di grano , tentato per il rimanente, fino alla capacità dei continenti recati sul luogo , e pronunziò che gli accusati erano debitori e di furto consumato e di furto tentato, e quindi li condannò a due distinte pene , applicando l' art. 72 del Codice. La Corte Suprema disse , che in questo fatto esistevano piuttosto gli elementi di un solo delitto continuato, per-

chè l' ablazione consumata , e il tentativo, erano due atti esecutivi della medesima azione criminosa , contemplata dalla stessa legge penale, (mentre la pena del tentativo per il disposto dell' art. 45 del Codice è una parte aliquota di quella destinata al delitto consumato) e ritenne perciò, che l'uno e l'altro dovevano essere repressi non con due distinte pene, ma con una sola , accresciuta per altro entro i suoi limiti legali.

In una moderna collezione di giudicati dei nostri tribunali abbiamo riscontrata una larga e non moderata censura di questa decisione. Noi ci asterremo dal pronunziare su di ciò il nostro qualsiasi parere, abbandonando al senno della Corte Regolatrice l'esame delle ragioni che vengono dedotte a critica della di lei risoluzione. Ci limiteremo a dire in una questione ardua, e nello stesso tempo aridissima, che nel dubbio ben volentieri diamo preferenza a quella interpretazione, che scemando il grave rigore della legge, abbraccia la soluzione più moderata e più equa.

*Repressione del delitto
continuato .*

Osservammo a pag. 222 vol. II, che la repetizione degli atti criminosi sostituenti il delitto continuato , a concorde parere dei criminalisti è prova di mala abitudine , cioè di un replicato spreto della civile imputazione , e merita un aumento di pena . L' articolo in esame uniformandosi a tal riflesso vuole che all' autore del delitto continuato , per il solo fatto della continuazione , sia la pena accresciuta entro i suoi limiti legali .

Tale disposizione richiama anzi tutto i magistrati a determinare il grado della pena che la legge minaccia al delitto , indi, tenendo dietro alle regole fissate all' art. 67 del Codice, impone ad essi di accrescerne la durata entro i limiti da essa sanciti , perchè stia a rappresentare la circostanza aggravante della continuazione . Se da questa via si allontanassero rimarrebbe ignoto se la legge fosse stata osservata . Certo è però che ad ogni modo è vietato loro il discendere nel punire il colpevole al minimo grado della pena . .

ART. 81. — Se un azione può costituire più titoli di delitto, dee sempre riportarsi sotto di quello, a cui è minacciata la pena più grave: e questa pena, ove non sia assolutamente determinata, viene accresciuta, entro i suoi limiti legali, dalle altre violazioni della legge, commesse col medesimo fatto.

Osservazioni sull' articolo.

Una seconda eccezione alla regola generale posta all' art. 72 del nostro Codice trovasi contenuta nell'articolo presente. Essa si riferisce al caso di N.º 5, da noi esposto e risoluto nel commento alla rubrica del titolo presente a pag. 222 vol. II. Ad esse riportandoci, ove bisogno ne sia, ci limiteremo ad esaminare le disposizioni di questo articolo, scendendo poscia a far menzione della giurisprudenza per la retta interpretazione del medesimo fissata dalla Corte Regolatrice.

Ancor questo articolo, come il precedente, è stato dai Tribunali in diverso modo inteso; colpa forse, o delle abitudini contratte sotto una legislazione differente e più mite, o del-

la non sufficientemente chiara redazione di ambedue.

Si contempla in questo articolo quell' azione che può costituire più titoli di delitto. Quale intelligenza deve darsi alla parola *azione*? Comprende essa un fatto unico, semplice, costituente più titoli di delitto, oppure un fatto complesso, comprensivo cioè di più operazioni, avvenute in un unico contesto, senza la minima interruzione, e sotto l'influenza di una sola e medesima causa di delinquere?

Molti Tribunali si sono attenuti ad una opinione comprensiva di ambedue i casi, e così hanno interpretato questo articolo in modo largo, e moderatissimo.

La parola *azione*, dicevano, adoperata dal Legislatore, sola,

e senza altro adietto, secondo i grammatici ed i giuristi, comprende in se stessa tutto ciò che l'uomo fa ed opera in un unico contesto, sotto la influenza di una libera volontà; si componga essa di un solo, come di più fatti; rappresenti un fatto semplice, o un fatto complesso è sempre un *azione*. (Vedi *Vocab. della Crusca*, verbo *azione*).

Ciò premesso, osservavano esser più verisimile che il Legislatore avesse, con una espressione che si presta tanto al caso semplice, che al caso composto, voluto comprendere l'uno e l'altro, e così sottrarre alla severa disposizione dell'art. 72, tanto il caso dell'azione unica costituente più titoli di delitto, quanto l'azione complessa, comprensiva di più e diversi distinti delitti, avvenuti in un unico contesto, e sotto la influenza della stessa causa a delinquere. Corroboravano un tal ragionamento col riflesso della maggior frequenza dell'ultimo caso, anzichè del primo.

Ma la Corte Suprema con la sua normale decisione del 18 Novembre 1854 ha dichiarato

erronea la rammentata interpretazione, ed ha ristretta la giuridica intelligenza che deve darsi all'articolo in esame al solo caso di una sola ed unica azione costituente in se stessa più titoli di delitto, cioè la violazione di più diritti, quella di cui abbiamo parlato al caso di N.º 4 a pag. 223 vol. II. La Corte Suprema ha detto che la parola *azione* nell'articolo in esame contenuta, vale un solo e medesimo fatto che abbia in se stesso il giuridico carattere di più delitti, come ricorre nel dissolto che stupra una fanciulla a se congiunta con vincoli di sangue, o abusa di donna maritata egualmente a lui congiunta, e che così si rende debitore o di stupro con incesto, o di incesto con adulterio: che se l'azione si componesse di più fatti distinti, comunque commessi nel medesimo contesto, ed in esecuzione della medesima risoluzione criminosa, e i fatti stessi rappresentassero altrettanti delitti diversi fra loro, allora non saremmo in termini della limitazione alla regola generale stabilita all'art. 72, ma si ritornerebbe anzi nella regola, e dovrebbe

farsi luogo all' applicazione di altrettante pene quanti fossero i delitti commessi. Questa è la interpretazione che la Corte Regolatrice ha data all' art. di cui ci occupiamo , interpretazione che è coerente a quanto ritiene la *Teorica del Codice Penale a pag. 106* (Vedi ancora la decisione del 4 Ottobre 1854).

Per altro nel tener conto della interpretazione suddetta, bisogna ben guardarsi dal confondere con il caso dalla legge previsto quelle azioni criminose, che quantunque comprendano in se stesse più delitti, hanno ciò non pertanto un nome ed una natura giuridica loro propria, e sono dalla legge repressi con una sola pena; per esempio il latrocinio si compone di due delitti , dell' omicidio cioè e del furto. Nè debbono del pari confondersi nell' articolo stesso quelle circostanze che qualificano l' azione criminosa, come la violenza nel furto ; in questi casi la legge provvede da per se stessa , sottoponendo i colpevoli ad una pena sola , che rappresenta la maggior gravità della imputazione .

Progredendo nell'esame del-

l' articolo che sopra , osserviamo, come il legislatore dopo aver data nozione del fatto cui si riferisce , passa alla penalità, ordinando ai magistrati di infliggere al delinquente fra le pene minacciate ai delitti , quella più grave , facendo assorbire da questa la più lieve ; e siccome l' azione criminosa di per se stessa portante la violazione di più diritti , merita un accrescimento di pena, così ingiunge ai magistrati medesimi di procedere all' accrescimento stesso, entro i limiti legali di quella da applicarsi .

Qui ricorre la medesima osservazione da noi fatta sull' articolo precedente ; essere cioè necessario che i magistrati nella loro sentenza procedano con l' indicare, prima quale fra i due delitti, contenuti nell' unico fatto è represso da pena più grave ; determinino in seguito, secondo il loro prudente arbitrio , e dietro le norme ad essi prescritte dall' articolo 63 del nostro codice , la durata della pena di cui è minacciato, entro i limiti dalla legge designati; ciò fatto, scenderanno a decretare l' accrescimento come sopra ordinato . Se questo

metodo (giova ripeterlo) venisse trascurato o imperfettamente seguito, sarebbe difficile il conoscere se la legge è stata puntualmente osservata. È certo poi che la pena più grave, che deve presceglersi, non dovrà giammai essere applicata nell' infimo grado.

Daremo fine ai nostri riflessi su questo articolo, osservando che il codice nel designare la pena dovuta al fatto contemplato, si è uniformato alla opinione di quei fra i migliori scrittori della scienza, che sono seguaci della teoria del concorso di più pene, prendendo argomento dal sistema punitivo indicato dalla *leg. 5 ff. de quaest.*, la quale conduce a ravvisare in più delitti avvenuti in un solo ed identico fatto un delitto solo da reprimersi con pena sua propria proporzionata alla gravità dell' azione criminosa.

È da avvertirsi però che il metodo dal nostro codice prescritto nella punizione del colpevole, ricorre soltanto, quando i delitti contenuti in un solo e medesimo fatto sono minacciati di pene temporarie; che se in essi concorresse la

pena capitale e l' ergastolo, allora sarebbe sempre da seguirsi l' articolo 75. A ciò allude l' inciso che trovasi nell' articolo, espresso con le parole « *ove non sia assolutamente determinata* » questa limitazione è applicabile anche all' articolo precedente, sebbene in esso non sia contenuta.

Conclusione.

Riassumiamo in epilogo, quanto, in ordine ai precetti della scienza, abbiamo detto sulla rubrica di questo titolo a pag. 248 vol. II, e procediamo quindi al confronto di quanto sta scritto nel codice.

Prevedemmo sei casi, nei quali vi può esser luogo al concorso di più pene.

Del primo caso non tiene proposito il codice; nè aveva occasione di parlarne, perchè nel magistero penale da lui adottato, non si incontrano pene congeneri per un solo e medesimo delitto, ma pene principali ed accessorie, o pene non congeneri, come sarebbero l' affittiva e la pecuniaria, nei quali casi, secondo i pre-

cetti della scienza, come osservammo, la cumulazione è ammessa. Vero è che in alcuni eventi, per il concorso di circostanze diminuenti, espressamente dalla legge e dalla scienza dettate e riconosciute, vien rilasciata fra più pene la scelta ai magistrati, ma in tale emergenza si abbandonano i termini supposti da detto caso, mentre non vi è concorso di più pene, ma la indicazione di quella che al delinquente è dovuta si parte dall'arbitrio prudente di coloro che giudicano.

Il secondo caso è contemplato e preveduto dall'articolo 80, come eccezione all'articolo 72.

Il terzo caso si contiene nell'articolo 81, come è stato interpretato e ritenuto dalla Corte Suprema; esso pure formando limitazione alla regola generale fissata dal detto articolo 72.

Nel quarto caso si ravvisa un'altra eccezione alla suddivisa massima fondamentale, non contemplata espressamente dalla legge, ma dalla scienza e dalla giurisprudenza ammessa, mediante la quale la pena del delitto più grave as-

sorbisce le altre minori.

Il quinto ed il sesto caso sono governati dal principio fissato nel più volte citato articolo 72.

All'oggetto di non essere con ragione rimproverati di avere dimenticato nella grave materia della quale ci siamo fin qui occupati un'importante teoria da tutti gli scrittori di diritto penale abbracciata, e dal nostro gius penale ritenuta, crediamo opportuno di qui riferirla, in supplemento a ciò che esponevamo alle nostre osservazioni sulla rubrica di questo titolo.

Non è infrequente a verificarsi il caso in cui un delitto abbia servito di mezzo a commetterne un altro, o a nascondere o ricuoprire il delitto precedente. Nel latrocinio, nell'incendio con omicidio ed altre analoghe delinquenze la legge espressamente provvede, mentre pronunzia la pena capitale, e questa assorbe ogni questione di concorso di pene. Quanto agli altri delitti non capitali, la regola dell'assorbimento delle pene li governa tutti, ad eccezione della falsità istrumentale, quando e-

ra congiunta alla truffa o allo stellionato .

In quest' ultimo caso erano i giudici richiamati a decidere:

1.^o se si trattava di due distinti delitti di per se stanti, uno dall' altro indipendenti .

2.^o quando non lo fossero, ed uno fosse servito di mezzo, di via, di preparazione a commettere l' altro, quale fosse il principale, quale l' accessorio o pedissequo .

Nel primo caso si applicava la regola di condannare il delinquente alla pena del delitto più grave un cotal poco aumentata per il concorso di altro delitto; nel secondo caso si applicava soltanto la pena dovuta al delitto principale, fosse pure più mite di quella prescritta al delitto accessorio ; e se il delitto principale era di privata azione, e l' accessorio di pubblica, prevaleva il primo al secondo, mentre se non esisteva querela del leso, il delinquente era dal giudizio dimesso : per esempio Tizio per ottenere da Sempronio danaro o merci, presentava a 'quest' ultimo false lettere di raccomandazione, falsi certificati di dovizie, o di moralità, o altri falsi

documenti per illuderlo, e con questo mezzo, congiunto ad altri callidi artifici otteneva il suo pravo intento . Nel caso presupposto la falsità aveva servito di mezzo allo stellionato, sicchè questo era il delitto principale, quella il delitto accessorio .

Questa teoria di cui fanno a larga mano menzione i nostri pratici, e che era costantemente osservata nei nostri Tribunali (vedi *Repertorio Cerrettelli verbo Falsità* N.ⁱ 26. 33. 44. 46. 79. e 71. — *Annali di Giurisprudenza Anno X p. 1 col. 116.*) può aver vita sotto l' impero del Codice ? Noi incliniamo per la negativa .

Infatti due delitti sono concorsi nell' azione criminosa da noi presupposta, la falsità, e lo stellionato, o la truffa. Se ambedue sono l' uno dall' altro indipendenti, e ambedue di azione pubblica, o uno di azione privata, ma esiste querela della parte lesa, dovranno esser puniti con la regola generale prescritta dall' art. 72 : due pene cioè dovranno infliggersi al delinquente . Se uno di essi, sempre nel concetto, che sieno fra loro indipendenti, è per il

Codice penale (art. 399 e 404 let. c) perseguibile a privata querela, e questa non esiste, sarà punito soltanto quello che è di azione pubblica, lasciato incurato l' altro.

Se poi uno dei due delitti ha servito di mezzo e di via all' altro, e ambedue sono di azione pubblica, o uno essendo di privata azione, esiste querela, in questo caso a noi sembra che saremo nei termini previsti dall' art. 81 del Codice penale, e così di una azione costituente più titoli di delitto: mentre ognuno vede che non potendosi disgiungere i mezzi dal fine, fa d'uopo prendere tutto il fatto, come una azione unica ed indivisibile, convergente ad un solo scopo. La Corte Suprema ha ritenuto questo concetto con la sua decisione del 2 Aprile 1855, la quale sebbene parli di due trasgressioni, si riferisce per il disposto all' art. 4 del Regolamento di polizia punitiva a quanto prescrive il ricordato art. 81.

Qualora poi fra i due delitti sopra configurati, sempre nel concetto che uno abbia servito di mezzo o di via all' altro, ve ne sia uno di privata azione, e

querela del leso non esista, si punirà quello soltanto che è di azione pubblica, che nel caso è la falsità, qualora per altro abbia in se stessa, indipendentemente dalla truffa o stellionato, i giuridici caratteri voluti dall' art. 243 del Codice penale, dappoichè la falsità è delitto *formale*, e per dirsi consumato non vi è bisogno che il delinquente abbia ottenuto lo scopo che proponevasi.

Resta a noi il debito di adempiere alla promessa fatta a pagina 57 di questo volume.

Il caso ivi figurato è che concorrano o il tentativo o il delitto mancato in due diverse azioni criminose, le quali contengano in se stesse due delitti *sui generis* consumati (Vedi art.º 48 § 2). Il Codice penale Napoletano dice (art.º 72) che si darà all' agente una pena sola, cioè quella maggiore dovuta sia al delitto tentato, sia al delitto *sui generis* consumato. Come risolveremo la questione dietro le norme prescritte dal codice nostro all' articolo 72? Il delitto *sui generis* consumato non può consistere che in atti, che abbiano servito di mezzo all' altro tentato o

mancato ; dunque la questione
si scioglie con i principii adot-
tati dalla Corte Suprema nella

citata sua decisione del 2 A-
prile 1855.



TITOLO VIII.**Della recidiva .**

*Osservazioni sulla rubrica
di questo titolo .*

Dopo aver parlato del concorso di più pene, che nel linguaggio della scienza e della legislazione chiamasi *reiterazione*, il Codice nostro scende a trattare della *recidiva*. Nelle nostre osservazioni al titolo precedente a pag. 222 abbiamo già accennata la differenza che passa fra la *reiterazione* e la *recidiva*. Ora parleremo di quest'ultima secondo il nostro solito costume, dietro gli insegnamenti che ne danno il gius Romano, gli scrittori della scienza, le legislazioni penali francesi ed italiane; dopo di ciò, riferito quel poco che su tal materia ci somministra la nostra pratica Giurisprudenza, passeremo a commentare ciascuno degli articoli di cui si compone questo titolo.

Gius Romano .

Come le leggi Romane erano severissime contro coloro che rendevansi rei di più delitti, tanto in uno stesso contesto di azione, quanto in tempi separati e differenti, così la medesima o maggiore severità professavano verso i recidivi. Ritenevano per recidivo colui che dopo essere stato condannato per un delitto, ed aver subito la pena dalla legge destinata, tornava a commetterne altro della medesima specie. A costoro era sempre per la prima volta aggravata la pena del commesso reato, e nelle successive ricadute era il giudice autorizzato a passare da una specie di pena all'altra, e talora a convertire la semplice ammenda, e la fustigazione nella pena capitale. La severità delle leggi Romane spingevansi più oltre, mentre condan-

nava il ricaduto nello stesso delitto alla infamia, ponendolo, ancorchè fosse di libera condizione, alla pari dei servi, ed imprimendogli ancora un segno indelebile a che fosse riconosciuto, o mediante la mutilazione di uno dei suoi membri, o mediante il bollo eseguito con un ferro candente. Oltre a ciò trovansi nelle leggi stesse espresso divieto ai giudici, sotto pena d' infamia, di moderare la pena ai recidivi, e il Principe, o Capo dello Stato erasi perfino interdetto il diritto di far loro grazia. Finalmente le leggi medesime portavano, che quantunque della prima pena il condannato avesse dal Principe ricevuta grazia, se dipoi ricadeva, fingevasi che egli avesse materialmente la pena medesima subita e consumata, mentre riflettevasi che la grazia ricevuta avrebbe dovuto correggere e migliorare il delinquente alla pari e più della pena stessa. Queste disposizioni trovansi sparse in più e diverse leggi conservate nella raccolta Giustiniana. Noi ci limiteremo a citarne alcune in disimpegno del debito nostro. Leg. 10 § *qui ex causa ff. de*

poenis — Leg. 28 § *solent § grassatores § famosos ff. hoc tit.* — Leg. 3 Cod. *de episcop. audient.* — Leg. 8 Cod. *de poenis* — Leg. 8 ad Leg. *Juliam de vi privat.*

Gli interpreti del Diritto Romano vogliono giustificare la di lui eccessiva severità contro i recidivi con i seguenti ditterii forensi antichissimi, cioè — *geminatio criminis vel delicti geminat vel multiplicat poenam* — *consuetudo delinquendi facit delictum, alias non capitale, capitale reputari* — *consuetudo auget peccatum et poenam*. E questi ditterii appoggiano ad alcune ragioni che passiamo ad esporre.

4.^a Gli antichi legislatori opinavano che la pena non dovesse soltanto servire al pubblico esempio, ma che produrre dovesse la emendazione del delinquente. Aveva ciò detto il giureconsulto Paolo nella leg. 20 ff. *de poenis* « *ivi* » *Poena* » *constituitur in emendatio-* » *nem hominum* ». A questo, sebbene allora secondario scopo della pena, riunivasi l' idea religiosa che insinuava che la ricaduta nel peccato era indizio di incorreggibilità così di-

sperante che non osavasi credere alla emenda del colpevole, perocchè S. Paolo (*ad Hebreos. 6*) aveva detto « *Impossibile est qui semel sunt illuminati et prolapsi sunt rursus renovari ad poenitentiam*. Ed il testo canonico aveva ripetuto (*Can. 22 de poenit. dist. 2*); *Peccatum gravis infirmitate quam ignorantia; sed multo gravius studio quam infirmitate peccatur.* » Ora sotto l'influsso della idea civile e della idea religiosa i notati scrittori ritenevano il recidivo come incorreggibile, e così come degno di tutto il rigore della pena.

2.^a Per considerazioni politiche ravvisavasi nella moltiplicazione delle recidive un vero pericolo sociale. Una penalità disprezzata diviene impotente ed anche provocatrice. Se la prima pena era stata del tutto incapace a frenare il delinquente, credevasi rimedio sicuro lo esasperarla, e ciò non solo col fine di tentare con l'uso di una pena più grave la correzione, ma anche per riparare allo scandalo pubblico, facendo conoscere ai cittadini la necessità di colpire più severamente il delinquente re-

lapso.

3.^a Infine si osservava che lo spreto alla legge meritava maggior punizione, perocchè, ogni qualvolta aveva essa parlato, i cittadini dovevano ciecamente obbedirla. La disubbidienza consideravasi quasi come un sacrilegio; onde è che non poteva impunemente ammettersi, nè tollerarsi la insolente pertinacia dei recidivi.

Possono su quanto abbiamo esposto consultarsi fra i molti la *Glossa ad alcuna delle leggi sopra citate, il Farinaccio quaest. 18 n.º 8 e 19, quaest. 25 n.º 4. Paolo da Castro in leg. 5 de episc. audient. Voet ad Pandect. lib. XLVIII tit. 10. Jul. Claro § furtum n.º 10. Pothier Pand. lib. XLVIII tit. 19 e specialmente la pregevole opera del Consigliere Bonneville de la recidive liv. I chap. 1 e 2.*

Scrittori di scienza penale moderni.

Gli scrittori moderni inclinano generalmente ad aumentare la pena a carico dei recidivi, basandosi non solo sulla inefficacia della prima punizio-

ne , ma anche sulla presunta incorreggibilità del reo . Vedi *Renazzi op. cit. lib. II cap. 5 § 25 n.º 4.* — *Cremani op. cit. lib. II part. 2 cap. 12 n.º 8.* — *Anton Matheo de criminib. in lib. XLVIII ff. tom. I cap. 3 n.º 11.* Anche il chiarissimo Carmignani nella tante volte da noi citata opera *Elem. jur. crim.* § 248 riteneva questo concetto; ma nell' altra sua opera *Teoria delle leggi ec. vol. 3 pag. 229* variò consiglio e sostenne il concetto contrario . Le ragioni , che il dottissimo scrittore adduce in prova del nuovo suo assunto , principalmente si fondano sulla indole e natura del magistero penale che era all' epoca in cui egli scriveva in uso in quasi tutta l' Europa, diretto cioè alla repressione ed al pubblico esempio , e non alla correzione del delinquente . Da questo punto partendosi, egli non sa vedere il perchè il recidivo debba soffrire una pena maggiore, quasi che l' effetto intimidatore della sanzione penale non derivasse dalla legge , ma dalla personale sofferenza dei condannati . Quindi egli passa a istituire il seguente dilemma . O la pena

dalla legge decretata è di per se ostacolo alla violazione della legge, o non lo è: se lo è, il nuovo delitto deve attribuirsi alla speranza della impunità nel delinquente che ricadde; se non lo è, allora sta al legislatore a rincarare sulla pena , non ad esasperarla per il caso della recidiva . L' egregio autore sostiene pertanto, che due gravi offese nascono dallo esasperare la pena per la recidiva, quella di far rivivere un delitto già estinto dopo la consumazione della pena, e l' altra di far punire come gravissimo delitto un lieve fallo . L' illustre Giuliani nella sua opera da noi più volte encomiata *lib. 2 cap. 5 § 1 n.º 9* fa eco alle ragioni del Carmignani , ed adottandole conclude ; « ivi » *che la massima di punire con maggior rigore il recidivo , può paragonarsi ad una legge che prescrivendo la fustigazione, ordinasse di applicare un maggior numero di colpi , quando il reo sia una persona robusta »* . Vero è che, o per non piena convinzione della teoria da lui laudata , o per ossequio forse alle legislazioni esistenti che hanno tutte

riconosciuto , come in breve vedremo, la necessità di reprimere la recidiva di per se stessa, egli discende con molta saviezza a dettare diverse restrizioni all'applicazione della teoria medesima .

Noi per altro , sebbene per riflessione ed abitudine sempre inchinevoli a moderazione, non potendo convenire nella opinione di sì giustamente celebrati scrittori, ne dissentiamo. La ragione principale su cui i medesimi si basano cade di per se stessa di fronte al codice nostro, che nel magistero penale da lui creato ha avuto principalmente in mira la correzione del delinquente. Ora al legislatore non può essere indifferente lo scorgere, quanto inane sia stato ogni suo sforzo per ottenere l'emenda in colui che dopo la punizione ricade nel delitto ; erroneo è il porre come cosa provata , che se la pena non è giunta ad ottenere la emenda, doveva essere di per se stessa inabile a produrla ; come se tutti i delinquenti puniti, dopo la consumazione della pena tornassero al reato, quando in fatto ciò avviene nella minima parte di essi, che o più

corrotti o più ostinati non hanno sentito l' effetto salutare della pena. È contro questi soltanto che si dirige la legge penale, e con un aggravamento di pena tenta di ottenere ciò che prima non le è riuscito . Non si fa dunque rivivere un delitto già estinto, ma, come ottimamente riflette l' illustre Rossi, (*op. cit. liv. III chap. 4*) si domanda al relapso conto del nuovo, accompagnato alla circostanza della ricaduta cumulata alla politica colpeabilità del relapso medesimo; e si punisce più gravemente il nuovo, unicamente perchè il fatto ha dimostrato, che in quel tal delinquente la prima pena non era stata atta ad ottenere lo scopo che la legge proponevasi , e che inutile sarebbe il ripeterla . È poi un voler provare la verità dell' assunto concetto con l' allegare un mero inconveniente , il citare la *leg. 28 ff. de poenis* per dimostrare, che ad un tenue trascorso ripetuto si può dare gravissima pena, e perfino la capitale; perchè questo esempio , che nulla dimostra per dimostrar troppo , denota non l' uso moderato, ma l' effrenato abuso

che facevasi del diritto di punire i recidivi in quei tempi, abuso che niuna legislazione moderna sarà per rinnovare giammai.

Ritenuta dunque la legittimità dell'aggravio della pena al recidivo, passiamo a parlare delle altre questioni che riguardano l'applicazione pratica di tale teoria.

Abbiamo già detto che secondo il Diritto Romano due condizioni essenziali erano prescritte all'aggravamento della pena per il recidivo:

1.° che la prima pena fosse stata materialmente subita, o che lo fosse per finzione della legge nei casi di grazia o amnistia per parte del capo dello stato.

2.° che il recidivo commettesse, subita la prima pena, un delitto della medesima specie.

Alcuni scrittori di diritto penale hanno deviato da tali condizioni, allargando sensibilmente i casi della recidiva; mentre rapporto alla prima condizione hanno detto bastare che la sentenza contenente la prima condanna fosse legalmente eseguibile, non importan-

do che la pena in essa inflitta fosse subita. A tal che la ricaduta faceva incorrere nella recidiva, anche quando il condannato non avesse neppure cominciato a subirla, o non l'avesse consumata. In ciò si appoggiano al riflesso che, una volta che per il condannato è inevitabile il sottostare alla prima pena, se avanti di sottoporvisi, o quando già la subisce, ritorna al delitto, dimostra spregio alla legge penale, incuranza verso un solenne giudicato che lo punisce, e prova fin da quel momento la sua pertinacia, sicchè debba giustamente per il secondo fallo essere più gravemente punito.

Questo stesso ragionamento conduce i detti scrittori ad uniformarsi alla legge romana, là dove ricorre grazia o amnistia, di fronte alle quali sorge un'altro riflesso, quello cioè della ingratitudine del delinquente al favore ottenuto dal Principe.

Rapporto alla seconda condizione, gli stessi scrittori ritengono che si contrae il debito della recidiva, anche nel caso che il condannato, dopo la prima sentenza legalmente e-

seguibile , commetta altro delitto di diversa specie di quello per il quale venne punito ; le stesse ragioni che si allegano per estendere la prima condizione, si deducono a giustificare la estensione della seconda.

A noi sembra che questi criminalisti, nello allargare le due condizioni volute dalle leggi romane, siensi e non poco allontanati dai veri fondamenti giuridici, ai quali si appoggia il diritto della società di trattare più severamente il recidivo . Questi fondamenti derivano dallo spreto della pena originariamente inflitta ; spregiare la pena, significa annullare lo scopo che il legislatore si è prefisso nello infliggerla, e la prova di questo spregio non può ottenersi, fino a che non si è esaurito tutto il tempo nel quale essa deve perseverare, e che il legislatore ha creduto necessario per ottenere la emenda . Questa non può afferrarsi di un sol colpo , ma poco a poco deve insinuarsi nell' animo del condannato. Onde può bene avvenire che se nei suoi primordii, o a metà della sua durata non se ne risentano i pregi , col progredire si ottengano .

Ciò si riferisce al punto di partenza dalla quale deve nascere il diritto di punire la recidiva. Rapporto poi alla qualità del delitto che costituir deve la recidiva, a confutazione dell'opinione di sopra accennata , riporteremo quanto in proposito ne dice il dotto Raffaelli nella pregiata sua opera — *Nomotesia penale vol. VI p. 33*
 « ivi » *Il delinquente con si-*
 « *mile ricaduta mostra evi-*
 « *dentemente, che la pena det-*
 « *tata dalla legge non era*
 « *sufficiente alla emendazio-*
 « *ne che si ricercava; non era*
 « *medicina valevole a curar-*
 « *lo del morbo di quella pas-*
 « *sione ; è quindi necessità*
 « *cambiare il farmaco ossia*
 « *il genere penale, surrogan-*
 « *done un secondo più duro ,*
 « *ovvero raddoppiare la dose*
 « *del primo. Ma lo stesso non*
 « *può dirsi dei recidivi in de-*
 « *litti di genere diverso, qual*
 « *sarebbe ad esempio il caso*
 « *di chi prima fu punito per-*
 « *chè avido, e quindi incorra*
 « *in un delitto derivato dal-*
 « *l' ira , perciocchè allora*
 « *non si può dire che il far-*
 « *maco della pena sofferta sia*
 « *stato inutile , mentre valse*

» *a ritenerlo da nuovi delitti*
 » *dell' avidità: ei farà saggio*
 » *del farmaco nuovo imposto*
 » *dalla legge a guarigione*
 » *dell' iracondia; ed a proba-*
 » *bile ragione, farà nondispe-*
 » *rare che ugual felice riu-*
 » *scita se ne possa ritrarre* » .

Per ciò che concerne poi i graziati precedentemente per rescritto o amnistia , facile è l' osservare, che non avendo essi subito la prima pena, non possono esser addebitati di averla spregiata , non essendo ragionevole l' applicare ad essi quel riflesso a cui si appoggia la necessità di più severa punizione , il riflesso cioè di trattare con una cura più energica una malattia morale che non ha ceduto ai rimedii ordinarii .

Rimangono per altro a noi, per non intieramente assentire alle massime del Diritto Romano due difficoltà, rapporto alla condizione che esige la piena consumazione della prima pena , e rapporto ai graziati per rescritto o amnistia . Se la ricaduta avviene nel luogo medesimo ove la correzione deve ottenersi , in quel luogo che è istituito a punizione ed

emenda dei delinquenti, ci sembra che questa sia circostanza imponente ed abile ad aggravare la pena, non tanto quanto necessario sarebbe, ove si verificasse la recidiva vera e propria, ma in una misura minore : lo stesso è per i graziati ed amnistiati a carico dei quali sta l'altra importante circostanza di essersi resi rei di una brutta e vituperosa sconoscenza verso il Sommo Imperante , di per se stessa meritevole di un trattamento penale più duro. Il punire alla pari colui che per la prima volta viola la legge penale, e colui che sottostando ad una pena contamina con nuovo delitto il luogo ove è racchiuso per espiarla, e l' altro che con il ricadere nello stesso delitto, ha mostrato di essere indegno della clemenza del Principe, non sembra coerente ai buoni principii, onde crederemmo opportuno che a tali casi il legislatore avvertisse, senza lasciare ai Tribunali il potere di reprimere entro i limiti legali, mentre quel potere è dato unicamente per rappresentare quelle eventualità che non possono facilmente raggiungersi , non le altre , come

quelle in esame , che possono agevolmente prevedersi .

Resta a dir qualchè cosa su quelle restrizioni che l'illustre Giuliani, come abbiamo premesso , pone all' applicazione delle regole relative alla recidiva : taceremo di una di esse come estranea al nostro magistero penale , e referibile all' altro di pura e semplice repressione .

Osserva il lodato autore, che non può esser luogo a recidiva quando al nuovo delitto l'agente è stato provocato; come concepire, egli dice, che colui che delinque nell' impeto degli affetti, ottenebrante l' intelletto, abbia presente nel momento della sua azione il gastigo già subito, per calcolare l'aumento di pena che gli reca la recidiva , in modo che dir si possa dispregiatore della pena ?

Osserva in secondo luogo l'autore stesso, che quando fra il primo ed il secondo delitto è corso tanto tempo, quanto è quello che la legge penale designa per prescrivere l' azione penale, non deve aver luogo l' aumento di pena per la recidiva , mentre il lasso di tempo necessario ad estinguere l' a-

zione penale, fa presumere che il delinquente sentì tutta la forza della prima sanzione , perchè si astenne diuturnamente dal violare la legge . A ciò noi aggiungiamo, che se per il citato lasso di tempo la legge inibisce di procedere contro il delinquente , a maggior ragione dovrà farlo nel caso in esame, perchè non si tratta di condonare che un aumento alla pena , non tutta la pena .

Finalmente osserva il lodato Giuliani , che se la legge nuova ha accresciuto la pena, che l' antica sanciva contro quel delitto sul quale il delinquente è ricaduto , non si fa luogo a recidiva , perchè l' aumento della pena, a che questa condurrebbe, rimane assorbito da quella che la legge nuova infligge , sotto il cui impero avvenne , e ben dice questo illustre autore , mentre se è vero che la necessità di punire più gravemente il recidivo nasce dalla impotenza della prima pena a correggerlo , una tale impotenza è stata eliminata dalla legge nuova, con la pena più grave da essa sancita .

Giurisprudenza Toscana.

Le nostre patrie leggi non contemplavano la recidiva come causa di aumento di pena; alcune poche di recente data relative a semplici trasgressioni ne facevano menzione. Di fronte ai delitti non se ne riscontrava traccia, se non che nei furti. Ma in questi, non era il dispregio della pena che si aveva principalmente in mira, ma bensì la mala consuetudine a rubare, la quale comprende la *reiterazione* e la *recidiva*. Per lo che veniva trattato alla pari colui che senza essere stato precedentemente condannato per simili delitti rendevasi reo in diversi tempi di più fra essi concorrenti e non continuati, ed era citato a risponderne avanti un medesimo tribunale, e colui che avendo riportato condanna ricadeva nel medesimo fallo. (*Vedi art. 49 della legge del 30 Agosto 1795*).

Nel notato silenzio delle nostre leggi la giurisprudenza erasi limitata, tutte le volte che recidiva esisteva e di pena tassativa la legge non parlava, ad autorizzare i giudici a spendere

il loro arbitrio per aggravare la punizione. Nei furti poi la legge espressamente provvedendo, la giurisprudenza stessa aveva determinati alcuni canoni di moderazione e di equità, che rendevano meno frequenti i casi della rigorosa applicazione di lei. Nè qui è luogo a riferirli: osserveremo bensì avere la giurisprudenza adottato quel principio restrittivo raccomandato dal Giuliani, non darsi cioè luogo alla pena del furto, o reiterato, o con recidiva, quando fra il primo furto e la prima condanna, e la reiterazione o ricaduta intercedeva un intero decennio, sul riflesso che un sì lungo spazio di tempo aveva distrutta la mala consuetudine a rubare, ed il dispregio della pena.

Codici moderni.

I codici Francese (art. 56 e seg.) Parmense (art. 89 e seg.) Napoletano (art. 78 e seg.) e Sardo (art. 423 e seg.) seguono unanimemente quelle stesse massime di cui sopra parlavamo a pag. 276 quanto alla recidiva. Essi ritengono ricorrer questa;

1.° quando la prima sentenza condannatoria è passata in cosa giudicata, sicchè tanto è recidivo colui che ricade prima che cominci ad espiare la pena, quanto quello che ha cominciato a subirla, e l'altro che l'ha già pienamente consumata.

2.° quando il precedentemente condannato per sentenza passata in cosa giudicata commette o il medesimo delitto per il quale riportò pena o altro diverso. Così ognun vede che questi codici estendendo i limiti dal Romano diritto assegnati alla recidiva, hanno adottato in tal proposito disposizioni più severe.

Al contrario il codice Gregoriano (art. 21 e 22) non ha voluto scostarsi dai veri principj di diritto nella materia; ha richiesto per la esistenza della recidiva la piena consumazione della prima pena, e ha stabilito che la ricaduta doveva esser avvenuta in un delitto della medesima specie di quello precedentemente represso.

Quanto alle pene, dispen-

sandoci dall'entrare nelle minute particolarità, diremo che lievi differenze ricorrono fra i codici menzionati. Il Francese per aggravamento vuole il passaggio da una specie di pena all'altra; gli altri alla prima recidiva aumentano la pena di un grado o danno il *maximum* di essa. Alcuni autorizzano la pena capitale, quando la pena originaria sia perpetua, altri vietano questo passaggio, facendo consistere l'aumento nella stretta custodia. Tutti poi, meno il Francese che in ciò serba silenzio, prescrivono che dalla pena della recidiva non esime la grazia o l'amnistia, la riabilitazione e la prescrizione; e di fronte a quest'ultima stabiliscono, che l'azione penale contro la recidiva non si prescrive giammai. Nino fra detti codici esclude dalla pena della recidiva i delitti avvenuti per colpa o per dolo d'impeto.

Scendiamo ora all'esame di ogni singolo articolo componente il titolo di cui ci occupammo fin qui.

ART. 82. — Chiunque ha espiato pienamente la pena della consumazione o del tentativo di un delitto doloso, sia che ne fosse autore, sia che ne fosse ausiliatore; ognorachè, dentro il tempo dichiarato dalla legge, torni a tentare o a consumare, sia come ausiliatore, sia come autore, un altro delitto della medesima specie, si fa debitore di recidiva.

Osservazioni generali.

Nelle nostre osservazioni preliminari al titolo di cui ci occupiamo, accennammo in qual modo, secondo il disposto delle leggi Romane, secondo il parere degli scrittori di diritto penale, e secondo le legislazioni di Francia e d'Italia, si contrae il debito della recidiva. Il codice nostro, nell' articolo in esame, segue una via più semplice, perchè nel formare della recidiva un titolo di aggravamento di pena, è guidato da altro scopo; ed in ciò è del tutto coerente all' indole giuridica del magistero penale che ha adottato.

Infatti, avendo esso prediletto nella punizione dei delin-

quenti il sistema correttorio, poco o nulla lasciando al pubblico esempio, ha voluto ritenere come degno di essere più gravemente punito colui, che avesse subita e consumata tutta quanta la pena inflittagli, sul riflesso dalla legge penale presupposto, che per raggiungere il nobile scopo della emenda fosse necessaria la decorrenza di tutto il tempo designato alla punizione, mentre, per vincere le antiche abitudini, è d' uopo pazientemente attendere gli effetti, non immediati ma lenti, della influenza sull' animo dello stesso condannato, e della pena in se medesima, e dei metodi che sono prescritti negli stabilimenti penali per renderla efficace a correggere.

Quindi è che fra la recidiva, come alcuni scrittori di diritto criminale, e molte moderne legislazioni l'avevano intesa, e fra quella fissata dal nostro codice, esiste una differenza considerevole. Nel primo aspetto, recidivo è colui che dopo essere stato condannato da una sentenza passata in cosa giudicata per un delitto, ne commette un altro, tanto della medesima specie, che di specie diversa, abbia o no cominciata a subire la pena del primo delitto, l'abbia subita in parte, l'abbia anche tutta consumata. Nel secondo aspetto è recidivo soltanto colui che, dopo avere pienamente espiata la pena del primo delitto, un altro ne commette della medesima specie.

Dopo di ciò analizziamo l'articolo sopra trascritto.

Esso, come abbiamo già premesso, vuole la espiatione completa della prima pena; il che equivale a dire, che deve esistere una sentenza di condanna, legittimamente eseguita, ad una pena che il condannato abbia consumata; in una parola vuole che questo abbia saldato il debito che per il com-

messo delitto aveva contratto con la società.

E qui può subito sorgere una difficoltà. La legge quando parla di pena pienamente espiata, comprende in tale espressione la pena principale soltanto o l'accessoria? comprende la pena afflittiva unicamente o anche la pena pecuniaria?

Già i nostri lettori sanno quali sieno le pene accessorie create dal nostro codice penale. (*Vedi art. 28 e il nostro commento al medesimo*). Ora per ritenere l'uomo recidivo, si deve attendere il tempo nel quale, consumata la pena principale, sia del pari consumata l'accessoria? Noi incliniamo per la negativa, e riteniamo quindi che basti a contrarre il debito della recidiva la totale espiatione della pena principale. Lo scopo che si è proposto il legislatore è quello di tentare la correzione del reo. A ciò è diretta la pena principale; le accessorie sono unicamente preventive, tendono cioè a favorire la tutela pubblica; quindi, sieno o no consumate, non possono avere influenza alcuna sulla questione.

Relativamente al secondo

quesito, quantunque la legge nel parlare di espiazione e consumazione della pena, sembri a primo aspetto referirsi alle afflittive, ciò non pertanto opiniamo che vi si possa comprendere anche la pecuniaria, dappoichè lo spirito da cui la legge stessa è informata può comprenderle ambedue, checchè sia della loro intrinseca differenza. Il legislatore può e deve pretendere nel condannato alla pecunia la correzione, dopo che egli ha provato il dolore della parziale perdita delle sue sostanze. Onde è che noi crediamo, che recidiva si dia anche a carico del condannato alla multa, ma quando egli l'abbia già pagata, o quando abbia scontato con la carcere la multa medesima, nel modo prescritto all'articolo 74 del codice. Una riprova della verità di questo concetto si ha nell'articolo 83 che al § 1 lettera **b** parla delle pene inferiori alla casa di forza, e fra queste vi è pure la multa.

L'articolo in esame ritiene, che non importa che la pena pienamente espiata si referisca a delitto consumato, o invece semplicemente tentato, e

che sia stata inflitta perchè il condannato fosse ritenuto autore, o invece semplice ausiliatore. E qui potrebbe domandarsi: se colui che nelle circostanze preavvertite fosse stato punito non per delitto consumato nè tentato, ma per *delitto mancato*, sia subietto alla recidiva? È agevole il rispondere per l'affermativa, mentre sebbene la scienza e la legge facciano differenza fra il *tentativo* ed il *delitto mancato*, ciò non pertanto, stando questo in mezzo fra il tentativo e il delitto consumato, il senso comune suggerisce, che se nella recidiva è compreso il tentativo, che è un meno, a maggior ragione vi dovrà esser compreso il delitto *mancato*, che è un più.

L'articolo che commentiamo soggiunge che il delitto o il tentativo per cui è stata inflitta la pena, doveva procedere da dolo (*delitto doloso*). I condannati per un delitto *colposo*, cioè influenzato da colpa e non da dolo, non sono compresi in questa disposizione.

Il legislatore dichiara recidivi tanto gli *autori* quanto gli *ausiliatori*. Quindi è recidivo

colui che è stato già condannato ed ha subito la pena come *autore* di un delitto, e commette poi un delitto della medesima specie del pari come *autore*; ed è ugualmente recidivo colui che, condannato e subita la pena di un delitto come *autore* si rende poi *ausiliatore* di un altro delitto della medesima specie o viceversa. È finalmente recidivo colui che, condannato e subita la pena come *ausiliatore*, presta nuovamente aiuto in altro delitto della medesima specie.

Ma se taluno sia stato condannato ed abbia espiata la pena come *autore* di un delitto, si rendesse poi *favoreggiatore* di altro delitto della medesima specie e viceversa, dovrà tenersi come recidivo? Noi crediamo che no; ed eccone il perchè. Il legislatore che ha formato tre distinte categorie di imputabilità nei delitti a cui più individui hanno partecipato, quelle cioè di *autore*, di *ausiliatore* e di *favoreggiatore*, parlando della recidiva, ha compreso soltanto le prime due, e omettendo la terza l'ha necessariamente esclusa. E con ragione, perchè il *favoreggiamento*,

come il nostro codice lo ha definito, è di politica creazione, è delitto *sui generis*, che sopravviene ad altro già consumato, senza l'opera nè fisica, nè morale del *favoreggiatore*. È un fatto perciò estraneo all'azione criminosa precedente, che la legge punisce con lo scopo di prevenire i delitti, o di reprimere coloro che all'azione della giustizia pongono ostacolo.

Ma se taluno condannato come *favoreggiatore*, subita la pena inflittagli, tornasse ad essere *favoreggiatore* in un delitto della medesima specie, cadrebbe nelle pene della recidiva? Noi opiniamo che sì. Infatti se il *favoreggiamento* è un delitto *sui generis*, di per se stante, qual ragione vi sarebbe per sottrarre i relapsi dalla pena dovuta per la recidiva? Lo spirito e la lettera dell'articolo in esame non comprendono forse tutti i delinquenti, che, spregiata la pena, mostrandosi incorreggibili, tornano a contaminarsi con nuova azione criminosa della medesima specie? La legge che riconosce il bisogno di aumentare la pena originariamente inflit-

ta, perchè è stata incapace a correggere il delinquente, dovrà per il *favoreggiatore* recidivo rimanere muta ed inerte? La tutela sociale non reclama forse contro di esso una giusta severità?

Si obietterà: ma se per le premesse, non esiste a carico del *favoreggiatore* recidiva, quando fosse stato precedentemente condannato come *autore* o *ausiliatore* di un delitto della medesima specie, e avesse la pena subita, come la recidiva stessa potrà verificarsi nel *favoreggiamento* soltanto?

La risposta è ben facile. Nel primo caso si tratta di cumulare due fatti che mancano di quel nesso che costituisce lo spreto della pena e la incorreggibilità, in uno dei quali (la *correatà* o l' *ausilio*) sta il delitto, nell' altro l' azione di un terzo sopravvenuta a delitto consumato, senza che esso vi abbia minimamente cooperato, azione che la legge per un politico, ma giusto riflesso eleva a delitto. Nel secondo caso noi abbiamo quest' ultima azione sulla quale l' autore aveva incontrata e consumata una pena, che si riproduce per il fatto

dell' autore medesimo. Quanto sarebbe ingiusto il confondere nel primo caso due fatti distinti e separati, passibili di pene diverse per dar luogo alla recidiva, altrettanto è giusto e coerente allo scopo che la legge si propone di non sottrarre dalla esasperazione della pena colui, che ripete l' azione criminosa, dopo avere inutilmente sperimentato gli effetti della prima correzione.

Finalmente l' articolo di cui facciamo parola conclude con dire, che si fa debitore di recidiva colui che, espia la ricevuta condanna per un delitto *doloso* consumato o tentato, sia come autore sia come ausiliatore, torna nel tempo dalla legge prefinito a consumare o tentare un altro delitto *doloso* della medesima specie, o come *autore*, o come *ausiliatore*. Vuole dunque la legge che per dichiarare l' uomo recidivo, torni a commettere o tentare, o come *autore* o come *ausiliatore*, subita la prima pena, un altro delitto doloso della medesima specie; che se il delitto o il tentativo di cui si rendesse reo l' uomo precedentemente condannato, e che ha espia

la pena, fosse di specie diversa da quello per il quale fu punito, o della medesima specie ma commesso per *colpa*, o di esso non fosse dichiarato autore o ausiliatore, non sarebbe recidivo, nè cadrebbe perciò sotto l'aggravamento di pena ai recidivi minacciata. Del tempo entro il quale la ricaduta deve avvenire, perchè produca recidiva, e di ciò che intende la legge per delitti della medesima specie, parlano gli articoli successivi.

Intanto riepilogando il fin qui detto, torneremo ad osservare che affinchè possa dirsi ricorrere recidiva ai termini del nostro codice, è d'uopo la constatazione dei seguenti estremi;

1.° una precedente condanna passata in cosa giudicata per delitto consumato o tentato o mancato;

2.° che il delitto consumato o tentato o mancato per il quale la condanna fu proferta sia *doloso*;

3.° che il condannato sia stato ritenuto *autore* o *ausiliatore* del delitto suddetto doloso consumato o tentato o mancato;

4.° che il condannato medesimo abbia pienamente espiata la pena principale inflittagli;

5.° che dentro il tempo dalla legge dichiarato sia tornato a consumare o a tentare o mancare un altro delitto doloso della medesima specie del precedente o come *autore* o come *ausiliatore*.

Dal già detto si scorge che il codice nostro in questo interessantissimo argomento, oltre all' avere adottati i più giusti ed i più savi principii della scienza, conforme noi osservammo, è stato più moderato degli altri codici penali già da noi citati, associandosi alle eque disposizioni del codice Gregoriano, che ha voluto nella recidiva la consumazione piena della prima pena, e la ricaduta in un delitto della medesima specie. E a noi gode l'animo, ogni volta che essa ne somministra l'occasione, il rendere alla legge nostra quel tributo di lode che merita.

Non mancherà per altro chi sulla disposizione in esame elevi una qualche critica, obiettando alla medesima di essere, quanto la tutela sociale esige-

va , non completa . Tre osservazioni possono farsi in proposito .

La prima concerne il silenzio tenuto sopra alcune circostanze aggravanti la colpevolezza dei delinquenti , che a torto presso alcuni scrittori ed alcune legislazioni moderne, sono state confuse con la vera e propria recidiva . Intendiamo qui parlare :

1.º di colui ch  , sottoposto ad una pena da una sentenza legalmente eseguibile, ricade in un delitto della medesima specie, prima di aver cominciato ad espiare la pena medesima ;

2.º di colui che cominciata la esecuzione della pena, nel luogo stesso della sua punizione commette altro simile delitto ;

3.º di colui che trovandosi o nell' uno o nell' altro dei previsti casi , o dopo la piena consumazione della pena , si rende reo di delitto di specie diversa, da quella per cui   stato precedentemente punito .

Niuno per certo impugner  che tutti questi casi sieno ben diversi da quello semplice nel quale trovasi l' uomo che per

la prima volta delinque, e niuno impugner  del pari che nei detti casi sia necessaria una pi  energica repressione: intutti trovasi uno spreto della legge penale e della pena , abitudine al delitto , ribellione alla legge stessa, ed ai tribunali che ne sono la viva voce . Nel secondo poi trovasi onta al luogo che, destinato alla emenda , si contamina col delitto .

A queste osservazioni risponde la *Teorica del Codice Pen.* a p. 408 dicendo, che la maggiore imputazione che nei designati casi si incontra , non   dimenticata , anzi si trova in quel largo campo che la legge penale lascia fra il limite minimo ed il limite massimo della pena rilasciato al prudente arbitrio dei tribunali . Si potrebbe rispondere che i casi di cui abbiamo fatto menzione non solamente si prevedono senza sforzo, ma sono bens  preveduti dagli scrittori e dai codici menzionati , sicch  invece di rilasciarli all' arbitrio, ancorch  l' uso di esso debba ritenersi come fondato sulla prudenza e sulla imparzialit , meglio sarebbe stato con apposita disposizione ai casi suddetti

provvedere , minacciandoli di un lieve aumento di pena, per obbligare i giudici a non obliarli.

La seconda osservazione si sostanzia nello essere stati sottratti alla recidiva i delitti colposi . Noi dicemmo a pag. 342 vol. I che nei casi nei quali la legge penale crede opportuno punire la negligenza o la imprevidenza, è da vicino interessata la tutela sociale, dappoichè niuno dal fatto e dalla omissione dell' imprudente è atto a garantirsi. La pena che a costoro si dà non tende a correggere i costumi o le viziose abitudini , ma a rendere gli uomini più provvidi, più oculati, più diligenti. Se dunque l'uomo, avvertito ad esser più previdente dalla pena già subita, continuasse nella sua oscitanza, perchè non dovrà la seconda volta esser punito più della prima? L' opera citata a pag. 444 risponde che sarebbe esorbitanza lo estendere alla inavvertenza tutte le regole che governano la violazione dolosa della legge penale; è questa una ragione che cuopre l' obbietto con il manto della equità , ma non vi risponde ; si soggiunge di più che se nella espressione non fu esaurita tut-

ta la latitudine della pena , si può trovare una ammonizione proporzionata al secondo fallo. E se fu esaurita, qual rimedio rimane ?

La terza osservazione riguarda il caso del condannato per il primo delitto, cui la clemenza Sovrana abbia condonata o in tutto o in parte la pena . Se egli ricade nello stesso delitto per il quale venne punito , si applicheranno le regole della recidiva ?

Tale questione, come accennammo, era risolta dalle leggi Romane, dagli scrittori della scienza , e dai Codici Parmense, Napoletano , Gregoriano e Sardo . Da queste fonti si ha concorde la risposta , meritare cioè colui che è stato parzialmente o totalmente graziato il più duro trattamento che è dovuto al recidivo , e perchè ha reiterata la violazione della legge penale, e perchè si è reso debitore di una turpe e vituperevole sconoscenza verso il Sommo Imperante. E di questa stessa opinione noi siamo , e lo è del pari l' egregio autore dell' opera citata a pag. 444. Ma il nostro Codice non ha contemplato questo caso; anzi nel-

la nozione giuridica che ha dato della recidiva lo ha, a parer nostro, escluso; mentre ponendo per condizione alla recidiva la piena consumazione della pena, non vi ha compreso coloro ai quali è stata in parte o totalmente condonata.

A ciò replica l'autore stesso; che se il Principe nella sua saviezza ed onnipotenza ha diminuita o condonata la pena, ha creduto, nel primo caso che una più lieve punizione bastasse al commesso fallo, e nel secondo, se ha voluto tutta rilasciare la pena, ciò ha fatto perchè opinava che la mortificazione del sofferto procedimento, e successiva condanna bastassero a correggere il delinquente; in ambedue i casi può e deve ritenersi che vi sia piena consumazione della pena, di quella pena che il Capo dello Stato ha creduta giusta; talchè se il graziato ricadrà, dovrà sottostare alle pene della recidiva.

Tutto questo ragionamento servirà a cuoprire il silenzio della legge? Noi crediamo che no; quando essa parla di condanna ad una pena, e di una pena pienamente consumata,

non può riferirsi che a quella che emana da una sentenza proferita dai tribunali. Il rispetto che deve alla persona del Principe ed alle sue risoluzioni, vieta lo indagare da qual causa la sua clemenza sia stata mossa.

Ma ammettendo che si possa dalla grazia del Principe inferire ciò che il lodato autore ne deduce, egli medesimo dovrà convenire che se la condonazione si parte non da un singolo rescritto, ma da misura generale come indulto, amnistia, le affacciate considerazioni divengono inapplicabili, mentre l'indulto o amnistia, ben lungi dallo appoggiarsi a fatti speciali e individuali, scende da cause generali per lo più politiche nate da pubblica gioia.

Finalmente, se il ragionamento sopra espresso fosse, come ritiene il lodato autore, chiaro e convincente, a che i precitati codici formare subietto di speciale ed espressa disposizione della grazia ed amnistia, come inabili ad escludere la recidiva? Provvidamente essi hanno agito, e se non lo avessero fatto stava contro di loro, come sta contro il nostro,

la tritissima regola di ermetica legale che vieta di dare un'odiosa estensione alla legge penale, tanto più odiosa come nel caso nostro, in quanto che la estensione sarebbe in aperta contraddizione con la lettera e con lo spirito della legge stessa, la quale esige, lo ripetiamo, piena consumazione della pena. Al silenzio della legge penale non si supplisce con ragionamenti il cui risultato sia il sottoporre i cittadini ad una pena che il legislatore non ha minacciata.

Poche parole restano a dirsi sulla opinione del dotto Giuliani emessa, di cui parlammo a pag. 279 vol. II, relativa alla esclusione dalla recidiva nei delitti commessi per dolo d'impeto. Potremmo per tutta risposta osservare che questa limitazione non trovasi raccomandata da alcun altro scrittore, nè da alcuna legislazione adottata. Esaminando poi le ragioni cui si appoggia, facilmente resta chicchessia persuaso che procedono più da cuore sensibile, che da mente ragionatrice; dappoichè, se l'impeto degli affetti ottenebra alcun poco la volontà e la li-

bertà, non sottrae il delinquente alla imputazione; e se costui dopo aver sofferto una pena si fa recidivo, si mostra come qualunque altro incorreggibile. Non è dato quindi il supporre, che recidivando nell'impeto degli affetti abbia dimenticato e il passato delitto e la pena che per esso ha subita.

Giurisprudenza della Corte Suprema.

Prima di dar termine alle nostre osservazioni su questo articolo fa d'uopo, che noi comunichiamo ai nostri lettori due importanti responsi, che sulla intelligenza da darsi al medesimo ha proferiti la nostra Corte Regolatrice.

Il primo di questi responsi datato del 4 Ottobre 1843 è nato da una posizione di fatti, che sebben singolare, può non di rado verificarsi. Eccola. Un tale era stato per furto condannato alla casa di forza, pena che aveva completamente consumata. Costui si rese dipoi debitore non di un altro furto soltanto, ma di otto, non *continuati* ma *concorrenti*, commessi cioè in luoghi e tempi

diversi a danno di persone diverse . Di questi furti fu con sentenza dichiarato reo , e fu punito a norma dell' art. 72 del nostro Codice con tante pene quante ne meritava ciascuno dei detti furti , e contemporaneamente fu ritenuto debitore di recidiva . Si presentava la questione, se l'aumento dovuto per la recidiva doveva comprendere ognuna delle pene minacciate a ciascun furto, o quella soltanto assegnata al primo di essi , secondo il tempo in cui fu consumato . Il tribunale ordinario si attenne a questo secondo concetto col seguente ragionamento . « *Atte-*
 » *sochè la pena della recidi-*
 » *va doveva irrogarsi al pri-*
 » *mo furto commesso dopo la*
 » *precedente condanna ed e-*
 » *spiazione di pena , poichè*
 » *in quel furto consisteva e*
 » *fu consumata la recidiva ,*
 » *non potendo tenersi a conto*
 » *i furti successivi , rispetto*
 » *ai quali se possono dirsi*
 » *commessi in stato di recidi-*
 » *va , non possono per altro*
 » *considerarsi come costi-*
 » *tuenti altrettante recidive*
 » *distintamente punibili , al*
 » *quale effetto di fronte alla*

» *espressa disposizione del no-*
 » *stro codice penale , che ri-*
 » *chiede per necessario estre-*
 » *mo della recidiva la prece-*
 » *dente condanna , occorre-*
 » *rebbe che ciascuno di essi*
 » *furti , fosse stato successi-*
 » *vamente e separatamente*
 » *punito . » (Annali di giuri-*
 » *sprudenza anno 1853 p. 1 col.*
 » *641.)*

A colpo d'occhio il ragionamento sopra referito dimostra che i giudici che lo avevano emesso erano stati trascinati dal desiderio di sottrarre il delinquente ad una pena severa . Ed infatti nel caso eravi ricorrenza di più pene, quanti erano i furti , e dell' aumento a ciascuna di dette pene dovuto per la recidiva. I giudici adunque ponevano a tortura il loro ingegno per trovare un mezzo onde alleviare in qualchè modo la condizione di quel disgraziato, cui scendevano addosso contemporaneamente otto pene, e per giunta aumentate. Il tribunale credè di averlo trovato ponendolo sotto la protezione di quel ragionamento . Con questo riflesso non intendiamo di dare il nostro suffragio a questi compensi che a-

pertamente violano la legge ; noi lo abbiamo emesso a riprova di ciò che abbiamo altra volta detto, che cioè quando la legge penale si scosta da quei principii che la comune opinione professa, impegna pur troppo quei che debbono interpretarla a temperarne le severe disposizioni , cavillando sulla legge stessa. Sotto la teoria dell' assorbimento delle pene minori nella maggiore il caso attuale non si verificava .

Dopo ciò ecco il responso della Corte Suprema, toltane la parte espositiva di fatto , e la citazione testuale delle disposizioni del codice. (*Annali di giurisprudenza anno 1855 p. 1 col. 640 e segg.*)

» Considerando che a
» buon diritto il pubblico mi-
» nistero addetto alla prefata
» Corte Regia aveva in que-
» sto speciale rapporto invo-
» cata la cassazione della sen-
» tenza , accagionandola di
» falsa interpretazione delle
» relative disposizioni del ve-
» gliante codice penale. . . .

» Considerando che la
» intelligenza data dalla Cor-
» te Regia a tali disposizioni,
» e specialmente a quelle dei

» referiti art. 82 e 85 , pale-
» sava in ogni rapporto er-
» ronea ed assurda .

» Considerando infatti
» che il disposto dei detti ar-
» ticoli, intanto predicava del
» caso semplice di un solo de-
» litto che andasse a commet-
» tersi o tentarsi dopo la e-
» spiazione della pena di al-
» tro delitto o tentativo con-
» genere , in quanto che da
» questo caso , che era il più
» ovvio , ed insieme il men
» grave che in materia di re-
» cidiva potesse verificarsi ,
» sorgeva spontaneo l' argo-
» mento della maggioranza
» di ragione , per cui fosse
» d'uopo ritenere che se dove-
» va dirsi recidivo , e perciò
» meritevole di aumento di
» pena , quegli che, espiao il
» primo delitto , fosse per
» avventura ricaduto soltan-
» to in un secondo , tanto
» più recidivo dovesse dirsi ,
» e tanto più meritevole di au-
» mento dovesse considerarsi
» quegli, che espiao il primo
» delitto, fosse ricaduto in più
» delitti successivi, e di tut-
» ti simultaneamente fosse ri-
» chiamato a rispondere .

» Considerando, che un

» tale argomento non incon-
» trava il menomo ostacolo
» nella lettera della legge, ed
» era poi consentaneo som-
» mamente al di lei spirito .

» Considerando, quanto
» alla lettera, che, se a teno-
» re degli articoli surriferiti
» per rendere il giudicabile
» debitore di recidiva in un
» delitto qualunque di cui es-
» so debba rispondere, richie-
» desi qual necessario estremo
» che un tal delitto sia stato
» preceduto da altri della me-
» desima specie di cui egli ab-
» bia già espiata la pena, non
» richiedesi però che lo sia
» stato immediatamente ; ba-
» sta che il delitto da giudi-
» carsi e punirsi sia posterio-
» re ad altro già giudicato e
» punito, e che sia commesso
» entro lo spazio dei 10, e re-
» spettivamente dei 5 anni
» dalla legge prefisso, e nien-
» te importa che non sia il
» primo, nè il solo che in ta-
» le spazio siasi verificato .
» Gli articoli in esame non
» contengono parola che coar-
» ti la recidiva ad un imme-
» diata ed unica ricaduta :
» quante volte taluno ricada
» in delitto, dopo averne com-

» messo un primo di eguale
» specie, e dopo averne com-
» pletamente espiata la pena,
» altrettante volte egli è reci-
» divo .

» Considerando, quanto
» allo spirito, che lo scopo
» della legge essendo stato sen-
» za dubbio quello di reprimere con un aumento di pena la prava abitudine di delinquere, e lo spreto della già sofferta punizione, se una tale repressione dovesse per avventura limitarsi a quella sola ed unica delinquenza, che immediatamente succedesse ad una prima condanna, e dovesse altronde totalmente cessare per tutte le delinquenze successive, qualunque ne fosse il numero e la gravità, e comunque in essa la prava abitudine a delinquere, e lo spreto della pena venissero sempre più a manifestarsi tenaci e persistenti, l'enunciato scopo della legge non verrebbe a raggiungersi che in minima parte, e la di lei provvidenza verrebbe totalmente a mancare quando appunto il bisogno ne sarebbe maggiore .

» Considerando inoltre,
 » che tal provvidenza , ove
 » volesse credersi circoscritta
 » a quella soltanto delle reci-
 » dive che avesse immediata-
 » mente succeduto il delitto
 » espiato, rimarrebbe esposta
 » ad essere resa illusoria a
 » volontà del delinquente, che
 » limitandosi nella sua prima
 » ricaduta ad un delitto pas-
 » sibile di lievissima pena ,
 » verrebbe a porsi al coperto
 » dal minacciatogli aumento
 » per le ulteriori gravi de-
 » linquenze che avesse in ani-
 » mo di commettere .

» Considerando pertan-
 » to , che mal si avisò la
 » Corte Regia allorchè opinò
 » e ritenne; che nel solo delit-
 » to immediatamente succes-
 » sivo alla espiazione della
 » pena di altro delitto conge-
 » nere , consista e rimanga
 » consumata la recidiva ; la
 » vera intelligenza da darsi
 » alle riferite disposizioni del
 » vegliante codice penale ,
 » quella si è , che sebbene di
 » recidiva non possa parlar-
 » si per l' effetto di rendere
 » passibile l'accusato dal mi-
 » nacciatogli aumento di pe-
 » na , se prima egli non ab-

» bia espiata la pena inflitta-
 » gli per altro delitto della
 » medesima specie, una volta
 » però che tale espiazione ab-
 » bia effettivamente e comple-
 » tamente avuto luogo, le ul-
 » teriori di lui ricadute in
 » delinquenze congeneri costi-
 » tuiscono , qualunque ne sia
 » il numero, altrettante reci-
 » dive, e sieno tutte egual-
 » mente passibili del propor-
 » zionato aumento di pena. »

» Cassa nella sola parte
 » penale la sentenza ec. ec. »

L' altro responso del quale
 abbiamo fatto cenno concerne
 una questione transitoria, che
 è la seguente . Colui che sotto
 l' antica legge penale è stato
 condannato ad una pena che
 ha completamente espiata, ca-
 drà in recidiva se sotto l' im-
 pero della nuova , cioè del no-
 stro codice penale, si rende de-
 bitore di delitto della medesi-
 ma specie? Quasi tutti i tribu-
 nali della toscana avevano ri-
 sposto per l' affermativa, ed a-
 vevano perciò condannato il
 recidivo all' aumento di pena .
 La Corte Suprema con senten-
 za del 22 Marzo 1854 , sul ri-
 corso di parte privata , scese
 nel concetto contrario, e cassò

il deferitole giudicato , in esso persistendo con i successivi decreti del 31 Maggio , 3 e 7 Giugno e 4 Luglio 1854 sui ricorsi del pubblico ministero . Perchè i nostri lettori conoscano le ragioni da cui fu mossa la Corte suddetta, riportiamo qui la prima fra le indicate decisioni, perchè ci apparve la più completa ; le rimanenti potranno riscontrare negli *Annali di Giurisprudenza*, anno 1854 part. 1 col. 497. 518. 525. e 658. La sentenza suddetta è del seguente tenore

« ivi » *Considerando che la*
 » *recidiva del delinquente i-*
 » *gnota alla abrogata legi-*
 » *slazione penale (tranne in*
 » *qualche riguardo , se vuol-*
 » *si, la sanzione dell' artico-*
 » *lo 49 della legge del 30 A-*
 » *gosto 1795 , sulla materia*
 » *del furto) essendo una di-*
 » *sposizione legislativa che*
 » *ai termini del surriferito*
 » *articolo 82 trova subietto*
 » *di applicabilità al caso so-*
 » *lamente di chiunque abbia*
 » *espiato pienamente la pena*
 » *di un delitto consumato o*
 » *tentato, e torni nello spazio*
 » *di tempo ai rispettivi casi*
 » *determinati dall' articolo*

» 85 *a tentare o consumare*
 » *un altro delitto della mede-*
 » *sima specie ; è da ritenersi*
 » *simile disposizione dettata*
 » *sulla base dello esperimen-*
 » *to della incorreggibilità del*
 » *reo, di fronte alla inopina-*
 » *ta influenza del magistero*
 » *penale del nuovo codice ,*
 » *giusta il modo di espiazio-*
 » *ne stabilito dal regolamen-*
 » *to fondamentale degli sta-*
 » *bilimenti penali approvato*
 » *con sovrano rescritto del*
 » *31 Maggio 1853 , d' onde*
 » *conseguita che non possa ai*
 » *fini del sopracitato articolo*
 » *82, tenersi in conto a cari-*
 » *co dell' individuo nuova-*
 » *mente delinquente la con-*
 » *danna a pena ancorchè in-*
 » *tieramente espiata, la qua-*
 » *le abbia avuto luogo sotto*
 » *l' impero della legislazione*
 » *penale abrogata in virtù*
 » *del Sovrano decreto dei 20*
 » *Giugno 1853.*

» *Considerando, ciò pre-*
 » *messo , che avendo il tribu-*
 » *nale di Arezzo condannato*
 » *il ricorrente G, alla pena*
 » *del recidivo in eodem , sul*
 » *fondamento della condanna*
 » *alla carcere per quattro*
 » *mesi da lui per sentenza*

- | | |
|---|---|
| <p>» del medesimo tribunale del
 » di 8 Aprile 1850 riportata
 » ed espiata fino dal 20 Lu-
 » glio del medesimo anno, ha
 » così facendo data un erro-
 » nea intelligenza all'artico-</p> | <p>» lo 82, e fatta per conse-
 » guenza al caso una falsa
 » applicazione dell' articolo
 » 85 del codice penale. —
 » Cassa ec.</p> |
|---|---|
-

ART. 83. — § 1. — Esiste recidiva, quando tra la compiuta espiazione della pena e il nuovo delitto non sono decorsi

a) dieci anni , se il precedente delitto fu punito con la casa di forza ;

b) cinque anni , se il precedente delitto fu colpito di pena inferiore .

Osservazioni sul §.

L' articolo precedente fra le condizioni essenziali a cui appoggia il diritto di procedere per la recidiva, pone quella del tempo entro il quale la ricaduta si è verificata ; detto articolo dice « ivi » *dentro il tempo dichiarato dalla legge.* Ora il § 1 dell' articolo in esame ci spiega tal condizione .

Vuolsi adunque che il nuovo delitto sia avvenuto entro il decennio , e rispettivamente entro il quinquennio dal giorno nel quale la pena dovuta al primo fu completamente espiata ; che se dall' uno all' altro termine un tempo maggiore del decennio e del quinquennio è decorso , non esiste recidiva , ed al relapso resta soltanto la

pena dovuta per il nuovo delitto, come se fosse il primo da lui commesso .

La nostra legge in questa disposizione si appoggia ad un principio di moderazione e di equità encomiabili. L'aumento di pena dovuta al recidivo si stacca principalmente dalla di lui abitudine a delinquere, che non ha potuto frenare la pena precedentemente inflittagli; ma se, subita la pena, è corso uno spazio ben lungo di tempo entro il quale l'antico delinquente si è astenuto dal delitto, ciò prova che di abitudine non può parlarsi, e che la pena subita ha in lui operato una qualche correzione; se ciò non pertanto, passato quel tempo, ricade, non alle inclinazioni prave da lui già mostrate ciò deve, at-

tribuirsi , ma piuttosto a nuove cause, sicchè ritener si debba come delinquente la prima volta .

Abbiamo già osservato che i Codici Parmense , Napoletano e Sardo fanno durare quanto la vita del delinquente il debito della recidiva , mentre ad esso negano il beneficio della prescrizione , e che il Codice Francese e Gregoriano tacciono su tal proposito. Rileviamo con piacere la superiorità del Codice nostro su di essi, e tanto più perchè questo ha tolta la enunciata prefinizione di tempo dalla nostra pratica giurisprudenza che , come osservammo a pag. 280 vol. II l'aveva adottata in quel solo caso nel quale la nostra legislazione patria permetteva di applicarla. (*Vedi Repertorio Cerretelli verb. Furto n. 6. 95. 110*).

Il nostro § assegna due termini entro i quali la recidiva può verificarsi ; dieci anni , quando il precedente delitto fu punito con la casa di forza ; cinque anni , quando gli fu inflitta pena inferiore . Il punto di partenza di questi termini decorre dal giorno dopo a che la pena prima venne comple-

tamente espiata; il punto d'arrivo si arresta al giorno dopo a che il decennio ed il quinquennio rispettivamente sono spirati . I termini decorrono secondo il calendario corrente (art. 20 § 2). Noi ci lusinghiamo che i Tribunali , tutte le volte che dubbio si presenti nel decidere se il tempo determinato sia o no decorso , non dimenticheranno che , e per i principii della ragion comune e della giurisprudenza, il dubbio deve risolversi sempre in favore del reo , e che i giorni nei quali il termine comincia e finisce stanno in di lui profitto. (*Vedi repertorio suddetto ver. prescrizione n.º 1 e 2.*)

Non possiamo dispensarci dal palesare una impressione che abbiamo risentita rapporto al secondo termine .

Se non ci inganniamo, la determinazione del tempo entro il quale può procedersi per la recidiva, ha una grande analogia con la prescrizione dell' azione penale, e merita di esser regolata con i medesimi principii; poca o niuna differenza passa fra il divieto di procedere per un delitto , compito il tempo dalla legge prefinito , e l' al-

tro di ritenere come recidivo colui che è ricaduto, passato il termine dalla legge stessa fissato. Nel primo caso l'azione penale rimane prescritta all'oggetto di procedere per quel delitto; nel secondo si prescrive a carico del fisco la maggior pena dovuta per la recidiva. Se così è, perchè nel designare i termini nei quali si può efficacemente domandare l'aumento di pena contro il recidivo, nei delitti punibili con pena inferiore alla casa di forza, la legge nostra ha deviato da quello che essa per i delitti perseguitati a querela di parte (che sono della minor politica importanza) ha stabilito per la

prescrizione all' articolo 89 lettera *d* ?

L' egregio autore della *Teorica del codice penale a pag. 112* ci avverte, *che le difficoltà che il deviato dal sentiere della rettitudine incontra per rientrarvi, sogliono stare in ragione della estensione del suo deviamiento*. Ora, quando nei lievi delitti il delinquente si è astenuto per il corso di tre anni dal ricadere, potrà impugnarsi la di lui correzione ? È possibile il supporre che il diritto di punire il recidivo debba aver maggior durata dell' altro di intentare l' azione penale ?

ART. 83. — § 2. — La pena antecedentemente espia per condanna di un tribunale estero, non si conta all' effetto di dichiarare l' esistenza della recidiva.

Osservazioni sul §.

Questo § nega alla sentenza di condanna proferita da un tribunale estero la efficacia della recidiva. Questa limitazione è coerente ai principii dettati dagli scrittori di diritto pubblico, ai quali la nostra giurisprudenza ha sempre fatto plauso.

È infatti massima indubitata che i delitti e le pene ricevono i loro caratteri e le loro sanzioni dalle leggi territoriali di ciascuno stato, e che i giudicati o gli atti celebrati in paese estero non hanno forza esecutiva in paese proprio, senza che i

magistrati di questo non glie l' accordino. La giurisdizione territoriale perderebbe la sua supremazia, quando le sentenze proferite in paese estero dovessero essere eseguite ciecamente in altro luogo. E tanto oltre in Toscana è stato spinto questo principio, che il Toscano, condannato in paese straniero, rientrato in Toscana, è stato sottoposto a nuovo giudizio (vedi le nostre osservazioni all' articolo 7 § 2 vol I pag. 77). Si possono in proposito riscontrare due decreti della Corte Suprema di Napoli, riportati dal Roberti *op. cit. par. I tit. 2 cap. 8 sez. 1.*

ART. 84. — Si considerano della medesima specie non solo i delitti, ond' è violata la stessa legge penale, ma quelli ancora, che si trovano rispettivamente riuniti sotto ciascheduna delle lettere seguenti; cioè

a) la resistenza, la pubblica violenza, e i delitti contemplati negli art. 201, 202 e 203;

b) i delitti propri dei pubblici ufficiali, ognorachè sieno stati commessi per avidità di guadagno;

c) la falsità di moneta, o di carta pubblica di credito, la falsità instrumentale commessa per avidità di guadagno, il furto, l'estorsione, la pirateria, la truffa, la baratteria marittima, e la frode;

d) la violenza carnale, e il ratto contemplato nell' art. 284;

e) l'infanticidio, e il procurato aborto;

f) l'omicidio doloso, e la lesione personale dolosa;

g) l'incendio doloso, la sommersione e l'inondazione dolosa, e il danno dato.

Osservazioni sull' articolo.

La seconda condizione posta dal precedente articolo 82 all' esercizio del diritto di più gravemente punire il reo, è che egli abbia commesso un altro delitto della medesima specie.

L' articolo in esame ci dice quali delitti debban ritenersi per tali.

Avanti di percorrere una ad una le diverse classi di delitti nell' articolo che commentiamo indicati, crediamo opportuno di dare una chiara idea del-

le espressioni di cui si serve il legislatore .

Quando si tratta di recidiva, non debbono nè possano confondersi sotto una sola dizione i delitti identici, e quelli della medesima specie. I primi si riferiscono alla violazione della medesima legge penale, il che significa che il delinquente è ricaduto in quel medesimo delitto che egli precedentemente aveva commesso, per il quale era stato punito, e la cui pena aveva pienamente consumata. Tizio per esempio era stato condannato per furto, ed espia- ta la pena, era tornato a com- mettere un altro furto; oppure aveva riportato condanna per omicidio e, quella espia- ta, aveva commesso altro omicidio. I secondi, cioè quelli della me- desima specie non sono quelli stessi per i quali si è riportata condanna e si è consumata la pena, sibbene diversi, aventi caratteri giuridici loro proprii, ma per altro lesivi di un me- desimo diritto, e così compre- si nella medesima categoria o famiglia; per esempio la falsità istrumentale, il furto, la truffa, la frode ed altri molti so- no della medesima specie, per-

chè ledono il diritto di proprie- tà, sebbene sieno distinti e di- versi fra loro. Questa è la dif- ferenza cui accennavamo, e che la nostra pratica giuri- sprudenza aveva sanzionata in modo, che nel solo caso nel quale le nostre leggi davano a- zione alla recidiva, cioè nei furti, aveva da essa esclusi gli altri delitti congeneri e della medesima specie, perchè su tal proposito le leggi stesse essen- dosi limitate a parlare di furti, non si credè autorizzata in così odiosa materia ad una interpe- trazione estensiva. Ora ciò non procede, nè può procedere di fronte all' articolo in esame che assimila la ricaduta nei delitti identici a quella avve- nuta nei delitti della medesima specie. A noi sembra giustissi- ma la estensione dalla legge a- dottata, in quanto che dà sem- pre riprova di abitudine a de- linquere nel medesimo genere di delinquenza, come di incor- reggibilità, colui che dopo ave- re una volta manomesse le al- trui proprietà o recato attacco alla incolumità personale al- trui, ritorna, non rileva il co- me, a violare l' uno o l' altro dei rammentati diritti .

Ciò premesso, passiamo sotto un rapido esame le disposizioni contenute in questo articolo alle lettere **a**, **b**, **c**, **d**, **e**, **f**, **g**.

Alla lettera **a** si considerano come delitti della medesima specie la resistenza, la pubblica violenza, e quelli contemplati negli articoli 201, 202 e 205, che riguardano la violenza usata da tre o più persone, per restringere od impedire la libertà della industria o del commercio; per invadere o occupare luoghi o edifizj non di uso pubblico, o di uso pubblico controverso o soggetto a condizione; per rimuovere o alterare confini legalmente stabiliti, per sfogare odii o vendette. È intuitiva nel primo la analogia che passa fra la resistenza o violenza pubblica, per ritenere queste due azioni come delitti congeneri; negli altri è la violenza usata in tre o più persone che gli assimila ai precedenti, perchè turbano l'ordine pubblico e la pubblica tranquillità.

La lettera **b** comprende i delitti commessi dai pubblici ufficiali per avidità di guadagno; il turpe scopo che è cau-

sa ai medesimi, qualunque sia il nome che ciascuna azione abbia dalla legge, li rende tutti congeneri o della medesima specie.

La lettera **c** abbraccia la falsità di moneta o carta pubblica di credito, la falsità instrumentale, commessa con avidità di guadagno, il furto, la estorsione, la pirateria, la truffa, la baratteria marittima e la frode; delitti tutti che si dirigono principalmente o contro la fede pubblica, o contro l'altrui proprietà e che appartengono però alla medesima specie.

La lettera **d** contiene la violenza carnale ed il ratto contemplato all'articolo 284, eseguito cioè o con violenza o con fraude, cioè con quella violenza che i pratici chiamano *compulsiva*, che fa mancare il consenso nella rapita: è chiara la giustizia dell'assimilazione di questi delitti.

Alla lettera **e** son posti insieme l'infanticidio ed il procurato aborto, purchè *dolosi*, poichè l'articolo 82, come abbiamo veduto, non dà recidiva se non se nella ricorrenza del dolo. La somiglianza fra que-

sti due delitti si scorge a colpo d'occhio.

Dalla lettera *f* a buon diritto vengono dichiarati della medesima specie; l'omicidio doloso e la lesione personale dolosa, perchè violano lo stesso diritto, quello che hanno gli uomini alla conservazione della vita e della integrità della persona.

Finalmente alla lettera *g* son posti insieme come delitti della medesima specie; l'incendio doloso, la sommersione e la inondazione dolosa, e il danno dato, ben si intende quello recato per ingiuria, perchè il codice nostro ha posto nella famiglia dei furti il danno dato per far lucro; mentre tutti questi delitti sono diretti o a distruggere o a manomettere i beni altrui, per odio o vendetta, o per cuoprire altri delitti. A noi ha recato sorpresa come a tutti questi delitti non siasi aggiunto l'altro del danneggiamento delle strade ferrate operato con dolo, che appartiene alla medesima famiglia dei precedenti a testimonianza del nostro medesimo codice.

Per quale ragione il codice nostro è disceso nell'articolo

in esame a tutte queste particolarità, che di fronte alla scienza possono apparire superflue? Non bastava, come ha fatto il codice Gregoriano, il dire delitto *della medesima specie*? Si è forse dubitato che i magistrati, chiamati ad applicare la legge, ignorassero quali sieno i delitti della medesima specie, che dai pratici vengono chiamati *congeneri*?

E qui dando fine alle nostre osservazioni su questo articolo, crediamo opportuno il ripetere ciò che abbiamo detto all'articolo 82, cioè, che è debitore di recidiva colui che è stato condannato come autore o come ausiliatore per delitto consumato o tentato o mancato, e che completamente espiata la prima pena torna a commettere o a tentare o a mancare, sia come autore, sia come ausiliatore entro il decennio e rispettivamente il quinquennio, o lo stesso delitto, o altro della medesima specie. Questa disposizione che parifica nella recidiva il delitto tentato o mancato, al delitto consumato, è propria soltanto del nostro codice, mentre i criminalisti si sono referiti unica-

mente al delitto consumato si nella prima che nella seconda volta , e il codice Gregoriano , dal quale sembra attinta la teoria della legge nostra sulla recidiva , parla di delitto commes-

so in ambedue le volte , e così esclude il tentativo . In questo il codice nostro è più severo degli altri; ma noi non crediamo sfornita di sufficienti ragioni questa maggior severità .

ART. 85. — § 1. — La recidiva, ove non sia colpita di pena assolutamente determinata, e la legge non la contempra con speciali disposizioni, fa incorrere nella pena minacciata al delitto, e in un aumento della medesima, che può giugnere fino alla metà.

§ 2. — In nessun caso per altro si oltrepassa il limite supremo della pena, stabilito nell' articolo 74.

Osservazioni sull' articolo.

L' articolo in esame si occupa della pena dovuta ai recidivi; in esso si trova seguita la massima da tutti i buoni scrittori stabilita cioè: che l' aumento della pena dovuta al recidivo deve trovarsi nel medesimo genere di pena minacciata al delitto (*Rossi op. cit. liv. III chap. IV*). Per regola generale il codice stabilisce che l' aumento può giugnere fino alla metà della pena per il delitto sancita. I tribunali adunque, per dare riprova che hanno osservata la legge, debbono nella loro sentenza condannatoria prima determinare, entro i limiti prescritti dalla legge, la pena che credono giusta per il delitto commesso come se fosse il primo,

e quindi, ritenuta la recidiva, determinare l' aumento per questa dovuto all' autore.

Noi crediamo che nelle parole — *pena minacciata al delitto* — si debba comprendere anche quella dovuta al tentativo, perchè l' articolo 82, come abbiamo rimarcato, comprende nella recidiva tanto il delitto tentato, che il delitto consumato: poco vi voleva per altro a render completo il concetto con l' aggiungere dopo le riportate parole le altre o *al tentativo*: esse sono sfuggite alla diligenza dei redattori.

Due eccezioni l' articolo che sopra pone alla indicata regola generale, contemplando due diversi casi, cioè

1.º quando la legge con speciali disposizioni in qualche

delitto colpisce la recidiva :

2.º quando la legge stessa minaccia il delitto di pena assolutamente determinata .

Quanto è congrua e conveniente la prima limitazione, in quanto che il codice provvede specialmente alla recidiva in alcuni casi , come quello contemplato all' articolo 164 , altrettanto è inutile l' ultima , dappoichè le pene assolutamente determinate, perchè non suscettive di gradi , non possono soffrire aumento alcuno, ed assorbiscono ogni altra pena concorrente, a norma dell' articolo 73.

Il § 2 di questo articolo vieta che con l' aumento dovuto alla recidiva si oltrepassi il limite supremo stabilito all' articolo 74 . Il che significa che nella casa di forza non si può eccedere lo spazio di anni 25 , nella carcere quello di anni 8 , e nell' esilio particolare quello di anni cinque . Rapporto alla multa della quale non si occupa il suddetto art. 74, noi crediamo che se per il prescritto all' articolo 22 § 1 il limite massimo di essa portato a £ 2000 può sorpassarsi nel caso del concorso di più pene, non possa

al contrario accrescersi nel caso della recidiva .

Infatti il rinvio che fa l' articolo in esame all' articolo 74 dimostra, che il legislatore ha ristretto il suo concetto alle pene in questo indicate ; qui non si parla della multa. Dunque quanto sarà coerente alla legge l'oltrepassare i limiti ordinarii di ciascuna delle pene ivi rammentate quando esiste recidiva ; altrettanto sarebbe ingiusto il decretare tale aumento di fronte alla multa di cui non si è fatta parola .

Concludendo diremo che se per l' articolo 82 § 1 si può sorpassare il limite massimo della multa nel concorso di più pene, ciò non sia permesso nel caso di recidiva . I tribunali potranno spaziare entro i limiti legali di questa pena quanto credano opportuno, ma giammai andare oltre .

Vero è per altro che un riflesso necessario di giustizia impegnerà i tribunali ad essere ben guardinghi nel determinare la quantità della multa . Noi li preghiamo ad aver presenti le osservazioni che a pag. 204 vol. I abbiamo fatte sulla pena pecuniaria. Fa-

cile cosa è il convertirla in una confisca di tutto il patrimonio del delinquente in onta della civiltà odierna ed in danno evidente della famiglia del condannato. Ognun sa che i rei appartengono per la maggior parte alla classe più povera o meno agiata. Due mila lire, limite massimo ordinario di detta pena, superano l'ammontare patrimoniale di nove decimi di essi!! In tal caso la multa è una vera confisca!!

Appendice relativa a questo titolo e al precedente.

Il codice nostro nel presente, e nel precedente titolo, ha parlato di due cause mediante le quali viene aumentata la civile imputazione del delinquente, la *reiterazione* cioè e la *recidiva*: ha taciuto affatto su tutte le altre, che per le leggi romane (*leg. 16 ff. de poenis*) e per il consenso dei migliori scrittori di diritto penale conducono all' accrescimento della pena (*Ved. Carmignani loc. cit § 226. Giuliani loc. cit. lib. 1 cap. V § 4*). Sono queste;

1.º la *causa*;

2.º il *luogo*;

3.º il *tempo*;

4.º le *persone*;

5.º il *modo*.

Infatti il buon senso, e la opinione universale esigono che quanto più improba e scellerata è la *causa* che ha spinto al delitto, quanto più il *modo* con il quale il delitto è stato commesso è brutale, atroce, o impudente venga la pena prescritta ai casi ordinarii accresciuta ed esasperata: che il *luogo* o il *tempo* scelti a consumazione del delitto, quanto sono più venerandi e rispettabili facciano divenir più severa la pena che la legge a quel delitto minaccia: che finalmente se un vincolo per ragione di sangue, di fede, di reverenza stringe il delinquente all' individuo che è stato passivo del delitto, più grave deve la pena posare sull' autore.

Nel percorrere le disposizioni contenute nel 2.º libro del codice nostro che tien proposito dei delitti in specie, si riscontra, è vero, osservata questa regola nei delitti d' omicidio rapporto alla *causa* e ai *vincoli del sangue*; nelle lesioni quanto a questi ultimi soltan-

to; nei furti in relazione ai vincoli medesimi, ai luoghi e per alcuni al tempo: nelle ingiurie diffamazione e libello famoso quando cadano su pubblici ufficiali o agenti della pubblica forza, ministri del culto nell'esercizio o all'occasione delle loro funzioni. Ma una disposizione generale comprensiva di tutti i delitti invano in esso si cercherebbe: è vero altresì che il codice con lo stabilire nelle pene un *minimum* ed un *maximum* ha lasciato al potere dei giudici il calcolare e lo apprezzare le notate circostanze reprimendole entro i limiti della pena; ma quando vi è una ragione di aumento di pena dalla legge e dalla scienza facilmente prevedibile, servirà il lasciarne la repressione all'arbitrio del giudice, o non piuttosto sarà cosa più savia il provvedervi appositamente? Infatti, a cagione d'esempio, noi vediamo che i codici penali Sardo art.° 107, Napoletano art.° 104, e Gregoriano art.° 84 hanno con una disposizione generale, comprensiva di tutti i delitti, formato una circostanza aggravante dell'essere stati commessi nelle chie-

se cattoliche nel tempo in cui si celebrano le sacre funzioni, senza empio fine, o scopo qualunque d'insultare alla religione dello stato. Questa disposizione manca nel codice nostro, come mancano in esso, e nei codici sopra enunciati disposizioni generali che percuotano tutte le altre delinquenze in rapporto alle già citate cause aumentative della civile imputazione. Chi oserà impugnare che l'omicidio, la lesione personale, e qualunque altro delitto, il furto eccettuato, perchè compreso, commessi in chiesa, nell'aula del Principe, nei luoghi ove si amministra la giustizia, nei pubblici teatri, in tempi destinati alla gioia pubblica, o a ricorrenze religiose, o di generale calamità, o consumati con squisita impudenza o atrocità (*dolo dolosior* come dicevano i vecchi giureconsulti) o caduti sul superiore o sull'amico del delinquente debbano esser puniti alla pari degli altri ove si gravi circostanze non si rintracciano? Il legislatore, nel segnare le pene ha in mira soltanto casi ordinarii, non eccezionali; da qui è che può con tutta probabilità

ritenersi che nel determinare le pene stesse, non abbia prese in calcolo le circostanze suddivisate.

A noi che facciamo professione di moderazione e di equità nel punire, potrà obiettarsi che con le referite osservazioni ci spingiamo alla severità. Questo obietto saprebbe di malevo-

lenza e d'ingiustizia, perchè i nostri principii ben lungi dal basarsi sulla nostra individuale opinione, riposano sempre sulla legge e sulla scienza, e là dove la tutela pubblica impone giusta severità, siamo e saremo sempre i propugnatori i più caldi della sociale difesa.



TITOLO IX.

Della estinzione della penalità.*Osservazioni generali sulla rubrica del titolo.*

È nostro dovere premettere al commento degli articoli che compongono questo titolo, con il quale si chiude il primo libro del codice nostro, alcune nozioni necessarie a dare una chiara idea delle materie importanti che risguardano la estinzione della penalità.

Gli scrittori tutti di diritto criminale, come l'ordine logico esige, esaminano avanti ogni altra ispezione, quali sono gli obblighi ed i debiti che contrae il delinquente nel commettere il delitto, e quindi parlano dei modi con i quali gli obblighi ed i debiti suddetti si estinguono. Noi in brevi parole esporremo ciò che concerne la prima ispezione; ci occuperemo della seconda nel percorrere le singole disposizioni delle quali il titolo presente si compone.

Colui che viola la legge pe-

nale contrae due impegni ai quali deve necessariamente sottostare; uno verso la società, la cui sicurezza e tranquillità ha leso con il commesso delitto; l'altro verso quello o quelli che dal delitto stesso hanno risentito danno.

La società lesa dal delitto impone, nelle leggi da lei precedentemente pubblicate, a chi lo ha commesso una pena, la quale tende a risarcire il danno pubblico che il delitto le ha recato, a ristabilire l'equilibrio nell'animo dei cittadini atterriti dal reato, a reprimere le ree voglie dei malvaggi coll'aspetto del male che soffre il delinquente, a correggere quest'ultimo in modo che, subita la pena, ritorni nel consorzio sociale migliore di quello che era per lo avanti.

A costringere il delinquente a soddisfare a questo primo debito tende l'*azione penale*, che i magistrati, che la legge a

ciò espressamente destina, contro di esso intentano, perchè, verificati i fatti nei quali il delitto consiste, ed ottenuta la prova della reità di lui, sia alla dovuta pena condannato, osservate le forme prescritte per la regolarità dei giudizi. Pronunziata la pena, deve il delinquente soddisfarla completamente, come riparazione della violata legge penale. Se si rifiuta, vi è astretto dalla pubblica forza. Ecco il primo obbligo o debito del delinquente.

L'altro debito, come abbiamo già detto a pag. 262 vol. I, nasce dal diritto di natura, che impone di non recar danno o pregiudizio a chicchessia e, qualora sia avvenuto, di ripararlo, e di indennizzare il meglio che si può il leso dal delitto. Qui non si tratta del danno pubblico che ha per riparazione la pena; ma del privato; e se la società di esso pure nei giudizi criminali si occupa, lo fa perchè la ingiuria per il delitto sofferta da chi ne è stato passivo percuote uno dei suoi membri, e così affligge ancora la società stessa, sicchè sia necessario ordinarne la riparazione.

L'uno e l'altro di questi obblighi, sebbene aventi la medesima origine, sono regolati da canoni diversi. Infatti la legge dà forza a costringere il reo a sottostare al primo; e lo tiene sotto la sua custodia e vigilanza fino a che non l'ha pienamente estinto; del secondo, appena che vi ha sottoposto il delinquente, non si occupa, rilasciando al leso facoltà di farlo valere. Il primo, come debito strettamente inerente alla persona del reo, è esercibile contro di esso soltanto; il secondo è trasmissibile agli eredi, perchè la civiltà vuole che, non potendo esercitarsi sulla persona ponendola a disposizione del leso, sia inerente al patrimonio di lui. Se il reo ha, prima che la pena sia contro di lui pronunziata o anche dopo, adempito al secondo obbligo, il primo rimane sempre nella sua integrità, se si eccettuano i delitti rilasciati alla sola azione penale privata, per i quali la desistenza del leso avanti la sentenza produce, come in breve vedremo, la estinzione del diritto di punire. Infine anche i modi, mediante i quali l'azione penale o la pena

si estinguono, son ben diversi da quelli che fanno cessare l'azione per la privata indennità, perchè i primi dipendono totalmente dalla legge penale, i secondi sono regolati dalla legge civile. Di questi ultimi noi non terremo parola ulteriore, bastando una volta per sempre il dire, che dei molti mezzi che la legge criminale indica come atti a perimere l'azione penale e la pena, niuno vale a far cessare il diritto alla indennità. La estinzione di tale diritto è fondata su speciali e particolari modi, che sono la quietanza, il pagamento, la prescrizione, che regolansi con principii ben diversi, dei quali non crediamo opportuno tener discorso, perchè spettano alle civili controversie.

Abbiamo di sopra esposto su quali basi posava il diritto di punire, ed il conseguente debito di soddisfare alla pena. Ecceci in cotal modo entrati nella via di parlare di quei casi, di quelle contingenze, ove il diritto di punire, e per conseguenza il debito della pena, si estinguono.

Dicevamo poc' anzi che il diritto di punire inerente alla so-

cietà si svolge mediante l'esercizio dell'*azione penale* e si stabilisce con la sentenza condannatoria avente legittima esecuzione. Ora alcuni dei casi o contingenze che sopra tendono ad impedire l'ingresso dell'azione penale, a troncarla qualora fosse introdotta, a vietarne la riproduzione. Altri mirano ad abolire la pena già pronunziata, a toglierne la prosecuzione o il compimento qualora sia incominciata a subire. Da ciò emerge che i modi dei quali dobbiamo intrattenerci non estinguono il delitto, perchè come fatto non può cancellarsi, ma bensì portano ostacolo a che per esso si proceda, o a che alla esecuzione della sentenza che punisce sia luogo: lo che equivale a dire che estinguono o l'*azion penale*, o la *pena*.

Gli scrittori i più accurati hanno diviso gli accennati modi di estinzione in due classi, *naturali* cioè e *politici*, che comprendono tutti quanti i delitti. A queste due classi ne hanno aggiunta una terza, cui non hanno dato nome speciale, ma che comprende alcune delinquenze di minor conto. *Ina-*

turali sono la morte del reo, la sodisfazione della pena ; i *politici* la prescrizione, la grazia del Principe e la sentenza assolutoria ; quelli della terza classe , la quietanza , la transazione, la novazione , la compensazione e la dissimulazione.

Ognuno di quelli che alle prime due classi appartengono, trovasi in questo titolo de-

signato. Di uno solo fra gli ultimi il titolo stesso fa parola . Noi dei rammentati modi ci occuperemo volta per volta, trattandoli sulla scorta della scienza, ed in confronto delle altre legislazioni; di quei, sui quali il nostro codice conserva silenzio, parleremo alla fine di questo titolo, come a complemento del debito nostro .

ART. 86. — La morte del delinquente estingue l'azione penale e la pena; ma la sentenza divenuta eseguibile, lui vivente, la quale lo condannò nella multa, nella confisca degli oggetti determinati dalla legge, nelle spese processali, e nei danni, ha il suo effetto contro gli eredi di lui.

Osservazioni sull' articolo.

La pena è debito strettamente personale che percuote il solo delinquente; questi defunto, qual diritto alla società rimane da sperimentare sopra un cadavere? Alla giustizia umana sempre imperfetta e fallibile, ne è succeduta un'altra alla quale il reo non potrà sottrarsi che con il pentimento, arra della Divina inesauribile misericordia. La pena suppone un delinquente sul quale deve posare, per il doppio scopo di correggerlo e di allontanare altri dal delitto; estinta la vita del delinquente manca l'uno e l'altro scopo, sì perchè volendo tentare di raggiungere il primo si impegnerebbe la legge nell'impossibile e la si esporrebbe al ridicolo; e volere il secondo costituirebbe un at-

to di barbarie se fosse diretto al corpo esanimato, una offesa e non una difesa, se percuotesse l'innocente. La morte del reo estingue pertanto ogni diritto di punire, sia che questo diritto fosse stato spiegato mediante l'azione penale, sia anche che l'individuo fosse stato riconosciuto reo mediante condanna legalmente eseguibile, sia che questa abbia già cominciato a subire. Appena che il delinquente ha pagato questo tributo a tutti gli uomini comune, l'azione penale e la pena rimangono perente.

Tal massima, dalla giustizia universale riconosciuta e sanzionata, trovasi stabilita in varii frammenti delle Pandette e del Codice. Ci limiteremo a citare le leggi 20 ff. de poenis 3 e 6 ff. de pub. judic., 111 ff. de reg. juris, 1 e 2 cod. si

reus vel accus. mort. fuer. Era riservato alla decadenza del Romano Impero il deviarne, come fu fatto nella troppo celebre *leg. quisquis cod. ad leg. Jul. maiest.*, che percuoteva d' infamia e di miseria i figli del perduelle *ita ut* (come con rara e brutal ferocia la legge esprimevasi) *in perpetua egestate sordentibus, vita eis supplicium sit, mors vero solatium*. Ed era riserbato del pari a quei secoli d' ignoranza che alla civiltà romana succedevano, il far del cadavere del delinquente un ributtante macello e un più ributtante spettacolo collo spargere brutalmente le di lui ceneri al vento.

Vero è che abbiamo in altri luoghi del digesto e specialmente nella *leg. 25 ff. de obl. et action. e 20 ff. de accus. et inscript.*, che la confisca dei beni fosse esercibile contro gli eredi, quando il reomorisce dopo contestata la lite, e nelle *leg. 2 e 7 § 3 ff. ad leg. Jul. repetund.* che la pena pecuniaria formasse debito ai successori del reo, se da lui non pagata. Ma come ottimamente osserva l' egregio Giuliani (*loc cit. lib. cap. 9 § 2*) rapporto alle prime la mas-

sima partivasi da quel principio di diritto romano, per il quale gli eredi succedevano nelle obbligazioni del defunto (*in universum jus*) nascenti dai contratti e quasi contratti, non in quelle che procedevano dal delitto; e poichè *in judiciis quasi contrahitur*, così dalla contestazione soltanto della lite desumevasi il rammentato passaggio, ma limitavasi ai soli effetti civili. E relativamente alle seconde è evidente dal loro tenore, che la pena pecuniaria stava in luogo della indennità dovuta nei delitti di peculato e per l' azione *repetundarum*, e così non era una pena, ma una restituzione del danno ablato. Infine è da osservarsi, che per la *nov. 134 auth. ut nulli judicium* Giustiniano prediligendo i discendenti e gli ascendenti al fisco, vietò che contro i primi fosse eseguita la confisca dei beni (eccetto nei delitti di maestà) lasciati dal defonto.

Tutto ciò premesso, l' articolo in esame nella sua prima parte fa plauso alle dottrine accennate, ed in ciò concorda con l' antica nostra giurisprudenza e con i codici Francesi

ed Italiani .

Nella seconda parte del nostro articolo troviamo stabilita una eccezione rapporto alla multa , alla confisca di oggetti determinati dalla legge , alle spese processali ed ai danni . Il legislatore dice che , se vivente il reo , la sentenza che lo condannava era divenuta eseguibile , essa deve avere il suo effetto , questo morto , contro gli eredi .

Noi pienamente concordiamo nella convenienza della eccezione sopra notata , esclusa quella che si riferisce alla multa . Infatti la confisca degli oggetti determinati dalla legge propriamente parlando non è pena , quantunque il codice (art. 28) la ritenga per tale , ma sibbene una misura di prevenzione che spoglia il reo degli oggetti stessi , dappoichè il restituirli sarebbe fomite ed eccitamento a delitto nuovo e pericolo per la società ; essa è quindi misura preventiva e conservatrice insieme . Il pagamento delle spese processali non è pena , nè per tale la considera il codice (art. 33 § 1) ma una indennità , o meglio una restituzione di ciò che si è anticipato . Lo stesso dicasi

dei danni dovuti al leso la cui refezione nasce dal pregiudizio risentito dal delitto .

Ma la multa , ossia la pena pecuniaria , è pena vera e propria . La pena è debito personale che non passa agli eredi ; è così inerente , come dicono i nostri pratici , alle ossa del condannato , che non si comunica ai di lui beni se non che fino a che egli vive ; lui defonto , senza che abbia pagato , il debito si estingue . Il male di passione o di privazione che costituisce l' essenza della pena , deve esser sofferto dal reo non da altri ; deve produrre esempio pubblico e correzione ; e se esso pesa sugli eredi del reo , l' uno e l' altro scopo rimangono falliti , e la pena , rimedio trovato a difesa della società , come ben si esprime il Giuliani , si convertirebbe in offesa . Sia sollecito il fisco fino a che vive il condannato ad esigere la multa : colla morte di lui la multa , come pena , e così come debito personale , si estingue .

Sappiamo bene che la eccezione della quale parliamo , ristretta alla sentenza divenuta eseguibile prima della morte del reo , è lodata dal Filangeri ,

(*Scienza della legislazione lib. III cap. 5*) era ammessa dalla nostra giurisprudenza, (*Reper. Cerretelli verb. azione n. 1. 2. 8.*) ed è sancita dal codice Gregoriano (art. 52). Ciò non pertanto noi abituati a cedere alla ragione e non alla autorità, ab-

biamo osato palesare un'opinione contraria, perchè, anche astrazion fatta dalle dedotte ragioni, ci sembra che alla maestà della legge disdica il favorire in simili casi le pretese fiscali.

ART. 87. — Contro chi è stato assoluto, o dimesso definitivamente dal giudizio, od è stato condannato, od ha ottenuto la grazia o amnistia, non può esser luogo a nuovo giudizio criminale per causa del medesimo fatto.

Analisi dell' articolo .

Questo articolo passa a parlare in un solo contesto di altri tre mezzi di estinzione dell' *azion penale* e della *pena* ; uno *naturale*, gli altri *politici*. Noi li passeremo uno dopo l'altro in rassegna; consistono essi; nella sentenza assolutoria, cui accennano le parole — *chi è stato assoluto o dimesso definitivamente dal giudizio* —; nella pronunziata condanna significata con le parole — *è stato condannato* — e nella indulgenza del Principe che si indica con le parole — *ha ottenuto grazia o amnistia* . — Cominciamo dalla condanna ed avremo così, dopo avere in precedenza parlato della morte del reo, esaurito la categoria dei mezzi *naturali* .

Condanna pronunziata .

Ci dice la legge che contro colui che è stato condannato non può esser luogo a nuovo giudizio criminale per causa del medesimo fatto .

Questo precetto è basato sulla autorità e sul rispetto dovuto alla cosa giudicata. *Non bis in idem* dicono tutti gli scrittori della scienza ; una volta che una sentenza condennatoria è intervenuta, in seguito di un giudizio legittimamente istituito, è vietato di ripeterlo per qualsivoglia causa, sia anche per il lodevole scopo di mostrare l' errore del primo giudicato , e fare assolvere il preteso reo . Le leggi romane (*leg. capitulum § divus ff. de poenis*) presentano il caso di taluno che con sentenza era stato condannato per un delitto, e che si scuoprì che il delitto stesso era ac-

compagnato ad una circostanza al tempo del giudizio ignota, atta ad aggravare la pena. Come per esempio; Tizio era accusato di omicidio, e per omicidio veniva condannato; Sempronio era accusato di furto semplice e alla pena corrispondente veniva per sentenza sottoposto; poscia si scuopre che non di omicidio e di furto semplice rispettivamente, ma di parricidio e di furto violento trattavasi. Ciò verificandosi, la citata legge risponde non doversi procedere a nuovo giudizio, perchè la cosa giudicata ha impresso il carattere di verità a quel fatto, sicchè non sia lecito di ritornarvi sopra.

E con ragione, soggiunge l'illustre Giuliani (op. cit.) il danno politico ossia l'allarme dei cittadini è sempre in proporzione del fatto, quale si conosce, non quale è veramente; dunque nella esposta fattispecie il reo ha espiato (o è per espiare) una pena proporzionata al danno politico cagionato, e così ha soddisfatto alla sua responsabilità personale; nè la successiva scoperta di una circostanza aggravante fa na-

scere un nuovo danno politico, perchè l'impressione dei fatti sulla umana sensibilità è sempre in ragione diretta della loro prossimità di tempo, ed in ragione inversa della loro lontananza.

Quando poi il condannato ha già espiata la pena che gli venne inflitta, oltre le addotte ragioni per non sottoporlo a nuovo giudizio per lo stesso delitto, milita l'altra dell'aver esso saldato il debito con la società contratto; ritorna in grembo del sociale consorzio accompagnato dalla presunzione *juris* di esser pentito e corretto; non può perciò esser nuovamente per lo stesso delitto molestato, sotto qualunque ragione o pretesto. Infatti se è vero che con il pagamento si estingue ogni obbligazione, così sarà vero del pari, che il reo debba essere sciolto da ogni debito, dopo che ha alla pena soddisfatto. Iniqua cosa è l'esigere il pagamento di ciò che è dovuto due volte; e ben più iniquo sarebbe il condannare due volte il reo per il medesimo delitto. (*Leg. 17 § 6 ff. de iniur. Anton Matthe. in lib. XLVIII ff. de criminibus. Car-*

mignani op. cit. § 367.)

D'uopo è per altro avvertire quando si tratta di condanna pronunciata, ma non per anche subita, esser necessario che la sentenza sia passata in cosa giudicata: poichè se rimedio alcuno ordinario o straordinario potesse contro di essa esercitarsi, non esisterebbe la *cosa giudicata*, principal fondamento del divieto di nuovamente procedere: molto più poi se si trattasse di sentenza *contumacia- le*, che non è eseguibile perchè manca del carattere di *definitiva*: ci ha recato anzi sorpresa l'osservare come l'articolo in esame abbia ommesso di aggiungere dopo la parola *condannato* le altre *in un giudizio contraddittorio*, necessarie ad escludere dal divieto le sentenze contumaciali.

Sentenza assolutoria.

Inutile è il dire che qui per sentenza si intende la pronunzia del giudice competente, che definisce il merito della causa, mediante la condanna o l'assoluzione di colui che di un delitto qualunque era accusato. I decreti ordinatorii, interlocu-

torii anche definitivi, non possono, nè debbono confondersi con le sentenze suddette, come è mestieri separare da queste tutte quelle pronunzie emesse dai Pretori civili e criminali (art.º 104 del Regolamento del 22 Novembre 1849) dai Tribunali di prima istanza in camera di consiglio (art. 64 del citato Regolamento, 109 del Motuproprio del 2 Agosto 1838, e 336 delle DD. ed II. del 9 Novembre di detto anno) dalle camere delle accuse delle Corti Regie (art. 224 e 233 del Motuproprio) con le quali vien dichiarata non ammissibile la esibita querela o denuncia, o rispettivamente non esser luogo ad inviare l'imputato o imputati al pubblico giudizio; in quanto che le medesime sono, come dicono i pratici, assolutorie *ab instantia*, cioè in quello stato di atti, essendo permesso al pubblico e al privato accusatore, ottenute nuove prove, scoperti nuovi fatti, di riassumere gli atti precedenti perchè si proceda a nuove cognizioni o a nuova verificazione, per nuovamente giudicare sul loro risultato.

Ciò premesso, la legge ci

dice, che contro colui che è stato assoluto o dimesso definitivamente dal giudizio, non può avere luogo nuovo giudizio criminale per causa del medesimo fatto.

Che la legge stessa ha inteso con quella distinzione che ha fatto di sentenza assolutoria, o dimissione definitiva dal giudizio? Noi crediamo che la prima riguardi colui che è assoluto, come i pratici dicevano, *ex capite innocentiae*, la seconda l'altro che è stato dimesso, come gli stessi pratici insegnavano, *ex defectu probationum*.

Sotto l'impero del processo inquisitorio la sentenza assolutoria *ex defectu probationum* era di due sorta; più ristretta quando usava la formula del *processo aperto*; più lata quando dicevasi *non essere stato o non esser luogo a procedere per le resultanze degli atti*. Ma ambedue queste formule non erano definitive fra il fisco e l'accusato; definivano la contestazione in quella istanza, ma lasciavano aperta la via a nuovo giudizio, qualora altre prove sorgessero: con questa differenza, che di fronte alla pri-

ma fra le accennate formule si riassumeva il processo antico e ad esso si aggiungevano i fatti nuovi, e di fronte alla seconda d'uopo era, abbandonato il processo antico, di formarne uno nuovo, che contenesse fatti nuovi, prove nuove, al precedente affatto estranee.

Ma abolito per il Motuproprio del 2 Agosto 1838 il processo inquisitorio, e ad esso sostituito l'accusatorio, quelle formule non poterono essere più usate, quando un giudizio pubblico ne era sorto. Lo stesso Motuproprio agli articoli 221, 222 e le DD. ed II. all'articolo 498 non conoscono altra formula definitiva che la condanna o l'assoluzione; e poiché l'una e l'altra si partono dalla convinzione morale dei giudici e non debbono essere in fatto motivate, così per la nostra vigente procedura criminale la formula non consta contiene, tanto l'assoluzione per il capo della innocenza dell'accusato, tanto quella che nasce per il difetto delle prove; onde è che la distinzione in questo articolo espressa dell'uomo assoluto o dimesso definitivamente dal giudizio, rie-

sce inutile di fronte alle nostre leggi. Ma tale non si ravvisa di fronte alle altre legislazioni moderne che con formula distinta separano le due assoluzioni, essendo la prima rappresentata dal — *consta che N. N. accusato non è autore del delitto ec.* — e la seconda — *non consta che N. N. accusato sia autore del delitto ec.* Queste due formule, se portano alle medesime giuridiche conseguenze, sono per altro più coerenti ai principii immutabili della giustizia, mentre separano l'innocente da colui, che è stato tanto fortunato da riportare assoluzione per difetto di prova.

Ritorniamo adesso al mezzo estintivo dell'azione penale proveniente dalla sentenza assolutoria, sia che riferiscasi all'innocente, quanto a colui a danno del quale non esistevano prove atte a condannarlo.

Dicono gli scrittori tutti di scienza penale, che quando si parla di assoluzione deve sempre intendersi di quella che è avvenuta per mancanza di prove, perchè non può escogitarsi il caso che l'assoluto, perchè innocente, possa di poi scuo-

pirsi reo; facile d'altronde è lo immaginare che il tempo somministri nuovi argomenti a carico di colui che i giudici non hanno potuto condannare. Noi andiamo in una contraria opinione; ognuno deve essere convinto della fallibilità degli umani giudizi, e le opere di coloro che hanno scritto la storia delle criminali contestazioni, portano esempi, e di accusati condannati come rei, sebbene di poi scoperti innocenti, e di accusati assoluti come innocenti, che poi si verificarono rei.

Il divieto di sottoporre a nuovo giudizio sul medesimo fatto l'assoluto e il definitivamente dimesso dall'accusa, si basa sulla riverenza che deve esserle data alla cosa giudicata. La legge insinuare deve il rispetto alla giustizia umana, e pretendere che i di lei responsi sieno tenuti in quella venerazione dovuta a ciò che appartiene al politico organamento. Gli umani giudizi sono appoggiati a fatti che non cadono sotto gli occhi dei magistrati, ma su fatti da altri riferiti; quindi non su ciò che è intrinsecamente vero, ma su ciò che estrinsecamente appa-

risce tale. Dal che deriva che l' uomo dai magistrati assoluto e così dichiarato non colpevole, tale deve apparire agli occhi di tutti ; ed è perciò che la di lui impunità non è pernicioso, e cessa ogni necessità di applicargli la pena. Se ciò non fosse, dice il Giuliani, una serie di mali peggiori della impunità dell' assoluto, poi scoperto reo, sorgerebbero da un giudizio rinnovato. Ogni cittadino anche innocente rimaner dovrebbe perpetuamente in forse della propria libertà, del proprio onore, della propria vita; non avrebbe più quiete; le cose giudicate perciò in pregiudizio dell' ordine pubblico cadrebbero in discredito. Su queste ragioni si appoggiano gli antichi e noti ditterii legali, *non bis in idem*, *res judicata facit de albo nigrum*, *de quadrato rotundum*, basati nel disposto delle legg. 7 § *idem ff. de accusationib.*, *Ingenuum ff. de statu homin.*, *penult. § ult. ff. de naut. coupon. et stabul.*, da tutti gli scrittori di diritto, e da tutte le legislazioni posteriori seguite. E queste massime procedono anche quando l' assoluto confessasse di poi

la sua reità ; su tale emergente, osserva l' Anton Matteo, che la fede dovuta alla cosa giudicata dee prevalere alla equivoca credenza che può meritare la confessione del reo.

Per altro le leggi Romane alle teorie accennate ponevano un' eccezione, quando cioè il reo fosse stato assoluto per aver corrotto l' accusatore, i giudici o i testimoni. In questo caso contemplato da varie leggi, ed in specie dalle *leg. 11 cod. de accusat. leg. 5 § 1 ff. de praevar. leg. 1 cod. de adv.* ed altre, permettevasi il nuovo giudizio nonostante la pronunziata assoluzione, e ciò, non perchè l' assoluzione medesima avesse causa da un erroneo giudizio proprio della mente umana pur troppo fallibile, o dalla ignoranza di fatti di poi scoperti e conosciuti, ma perchè erasi ottenuta per mezzo di un nuovo delitto, il quale rende necessariamente nulla la cosa giudicata. (*Anton Matteo e Giuliani loc. cit.*)

Ora questa eccezione potrà esser compatibile con il disposto dell' articolo in esame? Se si scuoprissi che la sentenza assolutoria è un turpe parto

di un delitto, meriterà la venerazione che deve alla cosa giudicata? Si verificheranno in questo caso gli inconvenienti che abbiamo sopra referiti, e ad evitare i quali l' autorità della lite finita prevale? Noi crediamo che nò, perchè da un vizio intrinseco trovasi quella sentenza infetta, che si basa sulla corruzione dell'accusatore, dei testimoni o del giudice. Onde è che là ove la legge non ha provveduto, d' uopo è ricorrere ai principii dettati dal comune diritto e dalla giustizia universale consentiti.

Inutile sarà lo aggiungere che la sentenza assolutoria porta divieto a istituire nuovo giudizio criminale, soltanto, quando è passata in cosa giudicata, quando cioè non ammette contro rimedio ordinario o straordinario, e quando sono decorsi i termini entro i quali dà la legge facoltà di intentare i detti rimedii. Ciò diciamo perchè la nostra procedura dà al Pubblico Ministero ed in alcuni casi alla parte civile diritto, al primo di ricorrere in cassazione, e alla seconda e questo diritto medesimo, e l' altro, in certe

determinate contingenze di interporre appello dalle sentenze assolutorie.

Avanti di dar termine alle nostre osservazioni sulla sentenza assolutoria, d' uopo è che noi ci occupiamo di una importante questione.

L' articolo che commentiamo, che parla di sentenza assolutoria o portante dimissione definitiva dal giudizio, investe anche le sentenze contumaciali?

Non si può istituire tale questione, che di fronte a quelle sole sentenze contumaciali che sono emesse dai tribunali decidenti in pubblica udienza, delle quali parlano gli articoli 509 e 545 delle DD. ed II. del 9 Novembre 1858, e 443 del Regolamento d' istruzione dei processi criminali del 22 Novembre 1849; perchè le altre proferite in camera di consiglio dai Pretori, dai Tribunali di prima istanza, e dalla Camera delle accuse, come abbiamo sopra avvertito, sono assolutorie *ab istantia*, cioè in quello stato di atti, e nulla hanno di definitivo.

Figuriamoci dunque che il Pretore, il Tribunale di prima

Istanza, la Corte Regia con le forme prescritte ai sopra notati articoli, assolvano il contumace o alla procedura, o al giudizio dal datogli addebito. Quest' assoluzione avrà tutti i caratteri della sentenza definitiva e della cosa giudicata, sicchè non sia permesso di sottoporre il contumace assoluto, fatto presente, a nuova procedura ed a nuovo giudizio, e sia così a lui applicabile l' articolo 87 del codice penale ?

Questo articolo, come abbiamo già osservato, parla di sentenze *assolutorie*; in così lata dizione sembrerebbe comprendere le contraddittorie e le contumaciali; ma questo non sarebbe un buon argomento per decidere la questione, dacchè abbiamo pur veduto che in questo articolo si tien proposto in genere di *condannato*, e ciò non pertanto abbiain rilevato, che si vuole unicamente accennare a colui, che è risultato tale da una sentenza contraddittoria.

La soluzione del proposto quesito si trova, a parer nostro, nel disposto agli articoli 540 e 544 e seguenti delle citate DD. ed II. del 9 Novem-

bre 1838, e 144 e seguenti del rammentato Regolamento del 22 Dicembre 1849; come pure in ciò che sta scritto agli articoli 40, 41, 42, 43 e 44 della legge del 30 Novembre 1786, conservati in vigore dalle dette DD. ed II. e dall' articolo 24 della legge del 30 Agosto 1795.

Tutte le indicate disposizioni si riferiscono alle sentenze contumaciali condannatorie, tendono a far conoscere gli effetti giuridici delle medesime, e prescrivono i modi di procedere contro il condannato presente o opponente alla sentenza stessa; della sentenza contumaciale assolutoria non una sola parola; a tal che da questo silenzio deve necessariamente dedursene che la sentenza suddivisata, proferita in pubblica udienza, sia non solo definitiva, ma faccia stato di cosa giudicata, e che non sia permesso dopo la di lei pronunzia di procedere a nuove informazioni, a nuovo giudizio contro l' assoluto, quando pure nuove prove, nuovi argomenti contro di lui sieno sorti. Tale è la nostra opinione. A noi non è riuscito rin-

tracciare negli Annali della nostra giurisprudenza esempi che stieno a contraddirla. Fatica inutile sarebbe cercare negli antichi pratici i mezzi necessarii a schiarire questa disputa, mentre è notorio che avanti la legge del 1786 la contumacia equivaleva alla confessione giudiciale, (*Sabelli pratica criminale verbo contumace*) e con questa teoria non poteva presentarsi caso di assoluzione; la precitata legge (art. 38) avendola radicalmente abolita, ed avendo ordinato che la contumacia non dovesse considerarsi che come semplice indizio, e che la condanna dovesse basarsi sulle prove raccolte, ne derivava che l'assoluzione del contumace doveva ravvisarsi come sequela di un giudizio ponderato, meritevole di togliere al fisco ogni diritto di riproporre la causa. D'altronde quando la legge, che si è occupata del giudizio contumaciale fino alla sentenza, designa i legali effetti che da essa nascono contro il condannato, ordina il metodo da tenersi contro di lui in caso che si renda presente, e tace sul contumace assoluto, fa prova più

che sufficiente per dedurne logicamente e giuridicamente che con quella pronunzia ha voluto mettere un suggello alla lite, rendere impossibile il farla risorgere.

Concludiamo adunque che l'articolo in esame, quando parla dell' assoluto o dimesso definitivamente dal giudizio, comprende e l' assoluto o dimesso in giudizio contraddittorio, e quello che è stato assoluto o dimesso in giudizio contumaciale.

Non possiamo dispensarci dal far qui parola del giudizio di revisione che trovasi compreso in quasi tutti i codici di procedura criminale moderni. Certo che questo giudizio si riferisce a persona non assoluta ma condannata, ed a materia così estranea a quella di cui ci occupiamo; ma siccome forma limitazione alla massima della inviolabilità della cosa giudicata, così ci è sembrato di poterne tenere qui proposito.

L' indicato giudizio ha luogo, secondo il codice francese, che è il più largo e il più completo in proposito, nei seguenti casi:

1.º quando un tribunale ha condannato taluno per un misfatto, ed un altro tribunale per lo stesso misfatto ha inflitto pena contro diverso individuo, sicchè fra le due pronunzie esista conflitto, contraddizione, inconciliabilità;

2.º quando, dopo la condanna per omicidio, scuopresi che la persona che supponevasi uccisa vive, e così che errore sostanziale esiste nella sentenza di condanna;

3.º quando dopo la condanna si scuopre che i testimoni, che avevano deposto a carico dell' accusato avevano detto il falso.

In questi tre casi, osservate certe forme speciali, possono rivedersi i precedenti giudicati ed annullarsi, tosto che la condanna apparisca ingiusta; se l'ingiustamente condannato fosse morto, si elegge nel giudizio di revisione un curatore che lo rappresenti per riabilitare la di lui memoria. L'enunciato giudizio di revisione, che può estendersi con giustizia ad altri casi, oltre quelli sopra indicati, è un rimedio che la coscienza universale raccomanda a correzione di giudicati

che apparivano fondati su buone ragioni quando furono pronunziati, ma che di poi il tempo scuopritore di molte verità nascoste ne ha fatto conoscere la ingiustizia: allorquando trattasi dell'innocenza detelta in un modo chiaro ed irrecusabile, il principio che politicamente protegge l'autorità della cosa giudicata cede, e l'umano orgoglio resta conculcato ed infranto di fronte ai fatti che provano la fragilità, la imperfezione degli umani giudizi. Bene sta che l'uomo una volta assoluto non debba esser tratto per quello stesso fatto a nuovo giudizio; è giusto che si predichi a di lui favore la infallibilità delle sentenze, e per tenere in onore la magistratura, e per togliere all'assoluto l'ansia di nuovi procedimenti. Ma sovranamente ingiusto sarebbe il negare un giudizio di revisione a favore dell'innocente, che è di poi in grado di provare l'errore in cui erano caduti i giudici che lo avevano condannato. Ogni principio politico deve cedere a un sentimento di giustizia da tutti professato e sentito.

Presso di noi nei pochi casi

di errori scoperti nelle sentenze condannatorie si referiva al Principe, il quale, ordinate le necessarie verificazioni, commetteva mediante rescritto la revisione ai tribunali ordinarii, qualora i fatti asseriti avessero ricevuto conferma. E non avendo su di ciò, nè il codice nè altre leggi disposto, opiniamo che tal consuetudine sia tuttora in vigore, fino a che il promessoci codice di procedura criminale non sarà pubblicato ed attuato.

Grazia o amnistia.

Abbiamo sebbene transitoriamente a pagina 289 vol. II parlato della grazia e dell'amnistia. È qui opportuno tornare su questo argomento.

Checchè ne dicano in contrario Beccaria (*Dei delitti e delle pene* § 46), Filangeri (*Scienza della legislazione* tom. III part. 5 cap. 57), e Pastoret (*Lois pénales part. I chap. 4*) per la immensa maggioranza degli scrittori di diritto pubblico e di diritto penale, è omai incontrastabile nel Principe o Capo dello stato il diritto di far grazia ai delinquenti.

La Storia Romana ci narra della grazia fatta dal popolo ad Orazio reo della uccisione della sorella; e le leggi posteriori emanate sotto l'impero (*leg. 1 ff. de constit. princip. - Istit. lib. I tit. de jur. nat. civ. et gent. § sed et quod Principi*) attestano esistere negli Imperatori il potere di far grazia, eccettuato che nei delitti di calunnie, e nelle recidive come abbiamo a pag. 272 vol. II avvertito (*leg. penal. cod. de calun.*)

Ciò ritenuto, l'articolo in esame prescrive che contro chi ha ottenuto grazia o amnistia, non possa esser luogo a nuovo giudizio criminale per causa del medesimo fatto.

La scienza ci insegna, che le grazie del Principe in affari criminali, altre sono singole o speciali, altre generali. Ambedue si verificano dopo il delitto in tre distinti stadii di tempo. Avanti il cominciamento della procedura, e allora la grazia chiamasi *preoccupazione di processo*; dopo l'incominciamento di essa, ma prima della condanna, e dicesi *abolitiva del processo*; dopo la condanna e chiamasi *condo-*

nazione, diminuzione o cambiamento di pena. Le prime intervengono mediante speciali o singoli rescritti emessi alle preci dei delinquenti o dei loro congiunti. Le seconde hanno nome di amnistia e presso noi d' indulto, e si partono da Motuproprio del Principe nell' occasione di qualche fausto avvenimento portante pubblica gioia, a partecipare della quale la clemenza dello stesso Principe invita anche i rei di minori delitti, o con impedire l' ingresso delle procedure, o col troncarle quando fossero già iniziate, o con assolverli quando fossero di già condannati. Queste ultime concessioni dipendono sempre da tre condizioni indispensabili; la prima che il delinquente si procuri la quietanza della parte lesa; la seconda che chieda l' ammissione a godere della liberalità del Principe entro il tempo prefisso; la terza che dalle rispettive magistrature competenti sia pronunziata l' ammissione in ordine a quella domanda.

Tutto ciò premesso, sia che il Principe con speciale rescritto, sia con indulto abbia fatto

grazia ai rei non per anco querelati, semplicemente processati, o condannati, posto che quanto all' indulto le notate condizioni siano adempite, l' azione penale e rispettivamente la pena, rimangono perentoriamente estinte, e per i delitti, sui quali la grazia o l' indulto sono caduti, non può in modo alcuno procedersi.

Il Principe, come sommo moderatore della società, ha eminentemente diritto di esaminare e conoscere se al bene pubblico convenga condonare l' azione penale o la pena; infiniti sono i casi, anche di fronte alla legislazione penale la più perfetta che a umano ingegno sia possibile, nei quali l' applicazione riesca o severa o nella comune opinione intollerabile; a queste emergenze non può supplire il giudice, mentre egli è mero esecutore della legge. A tal nobile missione è chiamato quegli da cui la legge emana, perchè conoscendone meglio d' ogni altro lo spirito da cui è informata, può, qualora la giustizia o l' equità lo esigano, renderla più mite. Ben dice il Romagnosi (*Genesi di diritto penale* § 1150) in tal

proposito « *Se voi togliete, do-
 » po averlo tolto al magistra-
 » to, anche al Principe, que-
 » sto diritto, avverranno dei
 » casi in cui alla vista di un
 » supplizio l'umanità di una
 » nazione alzerà un grido di
 » dolore che farà pentire quel
 » governo, il quale si fosse di
 » per se stesso preclusa la via
 » al raddolcimento ed al per-
 » dono. »*

Non vogliamo omettere ciò che rapporto agli effetti dell' amnistia o indulto osservano Puffendorf (*op. cit. lib. III cap. 3 § 22*), il Nicolini (*Supplem. alla collez. delle leggi serie crimin. n.º 68*), e il Roberti (*op. cit. part. I tit. 2 cap. 8 sez. 2 § 965*). L'amnistiato, dicono questi insigni scrittori, che ricade in simili falli, fa rivivere l' azione penale estinta per la grazia del Principe, sicchè debba contro di lui procedersi per l'antico e per il nuovo delitto, o sottoporsi alla pena del primo, qualora fosse stato condannato, onde egli abbia due distinte pene, con più l' aumento dovuto per la recidiva: e ciò perchè il Principe con l' indulto non si propone di alimentare la lusinga

della impunità e di aprire così la strada a delitti ulteriori, quando si degna di cuoprire di oblio i passati. Accordando quindi un perdono per i primi, non fa che sospendere il rigore della legge sulla speranza di una volontaria emenda, la quale serve di condizione tanto essenziale all' usato atto di clemenza, che, venendo a mancare, distrugge gli effetti di questo a segno di dovere esigere con la pena dei falli posteriori quella dei precedenti, come se l' amnistia non fosse intervenuta.

Queste massime, che non sono applicabili ai rescritti particolari di grazia, perchè in essi la clemenza del Principe muovesi da speciali circostanze e riguardi, non sono state dagli scrittori di diritto penale, nè dalla giurisprudenza nostra adottate; a tal che opiniamo che se la ricaduta o dopo l' indulto o dopo la grazia potesse far tenere a calcolo il reo per la recidiva, (il che presso di noi non procede per le ragioni che abbiamo esposte a pag. 290 vol. II) non abbia potere di annichilare gli effetti della clemenza sovrana, a me-

no che, il rescritto di grazia, il motuproprio di amnistia non fossero stati emessi sotto la espressa condizione della reviviscenza dell' azion penale e

della pena in caso di nuovo delitto; allora l' azione penale per il delitto precedente sorgerebbe a nuova vita .

ART. 88. — Nei delitti , che si perseguono a querela di parte , si estingue l' azione penale , ognora che prima della sentenza sia stata presentata e ratificata la quietanza , ed il querelato non la rifiuti .

Osservazioni sull' articolo.

Nel nostro commento all' articolo 46 a pag. 467 vol. I del codice abbiamo detto in che consista l' azione penale privata , come e da chi possa promuoversi , in qual modo si intenti , e quali sieno i delitti la cui persecuzione e punizione il codice stesso ha rilasciati alla querela medesima . Abbiamo detto anche, come il codice nel non riconoscere che l' azione penale pubblica e l' azione penale privata, abbia per implicito necessario abolito l' esercizio dell' azione penale semi-pubblica dalle nostre leggi del 1786 e 1795 accordata nei delitti di truffa e stellionato. Non volendo pertanto ripetere il già esposto rimandiamo i nostri lettori al citato articolo.

Non possiamo però dispensarci in rapporto alla preindicata azione penale semi-publi-

ca di contrapporre modestamente alcune osservazioni sulla censura che ad essa dirige l' autore della *Teorica del Codice Penale* a pag. 445. Egli propone il seguente dilemma « ivi » *O sembra infatti al*
» legislatore che nella perse-
» cuzione giudiziale della
» truffa e dello stellionato
» prevalga l' interesse gene-
» rale o piuttosto l' interesse
» particolare ; nel primo ca-
» so non deve far dipendere
» dalla libera volontà dell' of-
» feso neppure l' iniziamento
» dell' accusa ; e nel secondo
» non può senza contraddire
» a se stesso, spogliare l' ac-
» cusatore del diritto di ri-
» trattare una querela che a
» lui fu permesso unicamen-
» te d' intentare ; quindi il
» codice riconducendo la co-
» sa all' antica semplicità ha
» prescritto ec. ec. »

Certo è che ognun sente, che

i due delitti sopra rammentati hanno una non tenue gravità, non solo perchè ledono la fede de' contratti e la proprietà altrui, ma anche perchè il secondo ha una stretta relazione col delitto di falso; meriterebbero perciò astrattamente parlando di essere con l'azione pubblica repressi; ma per la difficoltà della prova che tutta dipende dalla buona o cattiva volontà del leso, per la giuridica facilità con la quale il delinquente sotto l'antica legislazione poteva sottrarsi a cosa intiera dall'azione penale restituendo gli oggetti truffati o carpiri, o pagandone l'ammontare, è necessità politica, se non si vuole indurre una seria perturbazione nelle private contrattazioni, se non si vuol dare improvvidamente luogo a procedure inutili ed anche dannose a coloro i cui interessi vogliono tutelare, di abbandonare la persecuzione giuridica al privato leso. Se questo accusa, è indubitato che ha inutilmente spese le sue premure per essere del danno sofferto indennizzato, ed è del pari vero che viene al giudizio preparato onde

sottrarsi al pericolo di un azione per calunnia.

Ciò posto; quale inconveniente vi ha se il legislatore dice al privato leso; fino a che non accusate potete transigere; ma presentata l'accusa, io non farò conto della quietanza? e se dice all'imputato; riparate il fallo commesso, ricorrete alla indulgenza di chi fu vostra vittima prima che egli vi denunzi alla giustizia, perchè dopo non sareste più in tempo? Nessuno, a parer nostro. Il legislatore non si contraddice quando accorda lo sperimento di un diritto o di un beneficio sotto una condizione, ed eminentemente provvede all'interesse generale, quando, superati, con la querela della parte lesa, gli ostacoli che si opponevano allo esercizio dell'azione pubblica, ordina procedersi oltre in causa per delitti, che sarebbe scandalo sopprimere per la loro intrinseca gravità, e ciò per effetto del tardo pentimento del reo, nato, non da resipiscenza, ma da pericolo di una condanna criminale imminente.

Dietro tali riflessi che mostrano lo spirito da cui le già

citare leggi erano mosse, non esitiamo a concludere che meritano esse non biasimo ma elogio. Niuno fra i nostri sommi pratici le ha censurate, e durante il loro impero se ne sono risentiti i migliori effetti. La esperienza ci dirà se la nuova legge, che rapporto all' azione penale ha tanto innuovato di fronte ai rammentati delitti, sarà per dare maggiori garanzie dell' antica all' interesse generale e privato.

Passiamo adesso alla giuridica analisi dell' articolo sopra trascritto.

Esso accorda alla quietanza della parte lesa dal delitto la efficacia di estinguere l' azione penale alle seguenti condizioni:

1.° che il delitto sia d' azione privata;

2.° che la quietanza sia esibita prima della sentenza;

3.° che sia ratificata dal querelante;

4.° che sia accettata dal querelato.

Cos' è la quietanza? È quell' atto mediante il quale il leso dal delitto, o colui che giuridicamente lo rappresenta, dichiara di rinunciare al diritto che

gli dà la legge di domandare la persecuzione e la punizione del delitto da lui o dal suo rappresentato patito, e richiede che non sia ulteriormente proceduto contro il delinquente, nel caso che gli atti giudiziarj sieno stati instaurati.

Se nella quietanza il leso o colui che giuridicamente lo rappresenta, dichiara di condonare al reo i danni e pregiudizj per il delitto risentiti, o confessa di essere stato dei medesimi indennizzato, allora due giuridici effetti la quietanza medesima produce, quello della estinzione dell' azione penale, e l' altro della estinzione del diritto alla indennità. Se poi il reo, o colui che legalmente lo rappresenta, nel tempo che renunzia alla azione penale, si riserva espressamente l' esercizio dell' azione civile per la indennità, allora la quietanza produce soltanto il primo dei notati effetti, salvo e riservato il secondo.

Si è dato di frequente il caso che la quietanza non sia pura e semplice, ma alligata ad una condizione: e la nostra giurisprudenza ha sempre ritenuto che non verificandosi la

condizione, la quietanza dovesse ritenersi come insussistente, e così come inefficace a produrre la estinzione della azione penale, e che fosse sospensiva di qualunque effetto, qualora la condizione fosse pendente. (*Vedi Repertorio Cerretelli verbo quietanza n.º 3*). Ma per non rendere l'azione penale soverchiamente sospesa, i tribunali nostri usavano, mediante decreto, assegnare al querelato un discreto termine per rimuovere l'ostacolo posto alla efficacia della quietanza, e, questo scaduto senza effetto, ritenevano la quietanza non avvenuta, qualora la condizione non dipendesse da mero capriccio del querelante. Noi crederemmo che questo compenso potesse anche oggi adottarsi in casi simili, mentre ad esso non osta l'articolo in esame.

Analizziamo ora ciascuna delle preindicate quattro condizioni.

Prima condizione. Il Codice nostro nel libro II parlando dei delitti in specie, ci dice, ogni volta che se ne presenta l'opportunità, quali sono quelli fra i medesimi la cui persecuzione e punizione è riserva-

ta alla domanda del privato leso. Noi li abbiamo indicati nel nostro commento all'articolo 40 (vol. I pag. 83). Inutile è il dire come per questi delitti è vietato ai Magistrati incaricati della pubblica accusa di procedere, e a quelli che hanno l'autorità di giudicare, d'istituire giudizio criminale e di pronunziar sentenza, senza la precedente querela della parte lesa; come è del pari inutile lo avvertire che la quietanza del leso da delitto di pubblica azione, quando pur esso siasi fatto accusatore, o, come comunemente dicesi, costituito parte civile in causa, manca di ogni efficacia ad estinguere l'azione stessa, producendo il solo ed unico effetto della estinzione della altra azione civile per la indennità.

Vero è però, che in quest'ultimo caso a sentimento concorde degli scrittori di gius criminale, un riguardo, una indulgenza nell'applicazione della pena merita colui che ha riparato il danno privato, a tal che i giudici, al cui arbitrio la legge penale rilascia la durata della pena nei limiti designati, prendendo in consi-

derazione quel fatto, non spingono la pena medesima al limite massimo, ma la portano ad uno dei gradi inferiori. Questa moderazione nel punire ha, come ognuno sente, il suo appoggio ;

1.º nel riflesso che la riparazione del danno privato è prova di pentimento, il quale, comunque tardo, non deve dalla umana giustizia rimanere del tutto incurato ;

2.º nell' altro riflesso puramente politico, che la legge penale con maggior moderazione reprimendo colui che ha soddisfatto al debito della indennità, favorisce l' interesse dei lesi, ed eccita i delinquenti a compiere un atto che quasi equivale alla confessione.

Vedremo a suo tempo, quando ci occuperemo dei delitti in specie, quanto in quelli contro proprietà il codice nostro ha apprezzato questo pentimento, formandone sotto certe determinate condizioni una causa diminuyente la pena .

Daremo termine alle nostre osservazioni su questa prima condizione col dire, che intervenuta per parte del leso in delitto di azione pubblica la quie-

tanza, contenente renunzia all' azione penale e alla indennità dovuta per il delitto, cessa il bisogno di decretare nella sentenza definitiva l' obbligo della riparazione del danno privato ordinata dall' articolo 33 § 1 del nostro Codice .

Seconda condizione. Il nostro Codice ha, in rapporto a questa seconda condizione, seguita l' antica pratica dei nostri tribunali, i quali ritenevano come efficace nei delitti di azione privata la quietanza, fino a che non era intervenuta la sentenza definitiva . Questa pratica era stata abrogata dall' art. 555 delle DD. ed II. del 9 Novembre 1838, il quale dava efficacia alla quietanza nei delitti perseguitabili a querela di parte, solo quando essa fosse stata esibita e ratificata prima che fosse dato corso alla citazione dei testimoni che dovevano sentirsi al pubblico giudizio. Questa disposizione, a parer nostro savissima, appoggiavasi a due gravi ragioni . La prima desumevasi da un giusto riguardo alla pubblica finanza ; perchè sottoporre il dispendio che il R. Fisco incontra nella indennità dei te-

stimoni e periti al capriccio dei querelati privati, dispendio che con la quietanza posteriore alla comparsa dei testimoni e periti si rende affatto inutile? Manca forse al querelato il tempo di chiedere al querelante di accordare la quietanza, dal giorno della esibizione della querela, a quello della citazione dei testimoni? L'altra ragione è di convenienza e di rispetto per la magistratura, il cui tempo prezioso all'amministrazione della giustizia si perde miseramente in atti, che la volontà di un privato può rendere inani ed inutili, fino al punto di essere abile a interdire la parola al Presidente del collegio nell'atto che imprende la lettura della sentenza definitiva?

Ecco le ragioni che dovevano aver motivato il disposto dell'articolo 555 delle DD. ed II., il quale, senza nulla togliere ai diritti delle parti, non faceva che regolarne lo esercizio, evitando i gravi inconvenienti ai quali poteva dar luogo l'antica pratica, la quale, innocua sotto il regime del processo inquisitorio, diveniva inopportuna sotto l'accusatorio.

Ma piacque al legislatore con l'articolo 5 § 2 del regolamento di procedura criminale del 22 Novembre 1839 di abrogare le accennate disposizioni, e ritornare alle antiche regole, alle quali il codice ha posto un nuovo suggello.

Da ciò è nato, che nel tempo che vegliava il disposto dell'articolo 555 molte centinaia di lire sono state risparmiate alla cassa fiscale, e molti inutili giudizi ai tribunali, perchè quei che avevano interesse a profittare della quietanza, se la procuravano in tempo, dopo il ricevuto apposito avvertimento. Oggi quasi tutti attendono a provvedersene, ed i più accorti speculano sul possibile esito del giudizio, e temendolo contrario, allora soltanto si danno premura di ottenere la quietanza nella stessa sala d'udienza, quando i giudici sono in camera di consiglio per decidere la causa.

Non dobbiamo omettere che per le nostre antiche leggi penali, in alcuni casi la efficacia della quietanza del privato querelante, spingevasi anche al di là della sentenza definitiva. Ciò avveniva per l'articolo

98 della legge del 30 Novembre 1786 , e 6 della legge del 30 Agosto 1795 nei delitti di stupro con precedente promessa di matrimonio, accordandosi ai condannati un mese , se presenti , e quarantacinque giorni , se assenti, dopo la notificazione della sentenza, per celebrare il matrimonio con la dolente : ed in tutti gli altri stupri , eccettuato quello commesso con violenza , il successivo matrimonio con la querelante annullava la condanna , ancor quando fosse cominciata a subire . Vedremo che il codice alla articolo 298 § 3 ha seguito le antiche massime quanto agli stupri, e le ha estese nel precedente articolo 293 § 2 all' altro delitto di adulterio .

Termineremo con l'avvertire, che il codice parlando di sentenze intende parlare delle definitive, escluse così le ordinarie ed interlocutorie, proferite contro il reo presente e non in contumacia, sì al giudizio, che alla procedura. È poi notorio, che quelle proferite nella contumacia al giudizio , rivestono i caratteri di sentenze contraddittorie , qualora il

condannato non abbia fatto uso nei termini prescritti dalla legge del rimedio della opposizione. (art. 514 delle DD. ed II., e 414 del regolamento per i processi criminali del 22 Novembre 1848).

Terza condizione . Nello stesso modo che la querela privata deve essere avanti l' autorità competente ratificata , (vedi il nostro commento all' art. 40 pag. 86 tom. I) così la quietanza che sta a distruggere la querela medesima, deve esser confermata dalla viva voce del querelante avanti l' autorità medesima, previa lettura del contenuto di essa . È notorio che della lettura e della ratifica deve farsi un processo verbale disteso dall' autorità avanti la quale è stata eseguita, e da essa e dal querelante privato firmato ; come è del pari notorio che la quietanza stessa può farsi verbalmente , ferma stante la redazione del processo verbale che la contiene , la di lui lettura e la firma. Siccome qualunque ufficiale di polizia giudiziaria è autorizzato a ricevere le querele , così è ugualmente autorizzato a ricevere le quietan-

ze e le ratifiche (art. 59 e 60 del regolamento del 22 Novembre 1849). Allorquando poi fossero fatte verbalmente nelle pubbliche udienze dei tribunali criminali, esse verranno ricevute dal Presidente o Pretore e avanti ad esso ratificate, correndo a questi obbligo di farne menzione nel processo verbale d'udienza. Potendo anche i commessi dei RR. Procuratori ricevere le querele e la successiva ratifica, sono autorizzati in conseguenza a ricevere le quietanze, e redigere l'atto della loro conferma per parte del privato querelante.

Sotto l'impero delle abrogate leggi penali è stata fatta la questione, se una quietanza dalla parte privata consentita per mezzo di pubblico contratto ricevuto da pubblico notaro, avesse il giuridico effetto di estinguere l'azione penale privata, senza bisogno della ratifica del querelante avanti l'autorità dalla legge designata. Tale questione insorse in una causa di stupro nella quale la querelante e il di lei genitore, richiamati a ratificare la quietanza data per il citato istrumento pubblico si

ricusarono. Fu deciso per la validità della quietanza, della cui verità non poteva dubitarsi, senza attaccare di falso il pubblico istrumento che ne faceva fede. (*Vedi Repertorio Cerretelli verbo quietanza n.º 4*). Noi siamo d'avviso che ripetendosi oggi simili casi debbano nella stessa guisa risolversi.

Quarta condizione. L'accettazione del querelato della quietanza a di lui favore emessa, non era condizione indispensabile alla di lei efficacia sotto l'antica patria giurisprudenza. (*Vedi Repertorio Cerretelli verbo quietanza n.º 5*). Questa pratica, alla quale davvero non sapremmo annuire, basavasi sull'assoluta irrevocabilità della quietanza, appena che dal querelante privato era stata ratificata, e al non avere le leggi allora vigenti richiesto l'assenso del querelato per la di lei efficacia e validità, sicchè inopportunamente sarebbe stato dal tribunale richiesto, e senza effetto dal querelato rifiutato. Checchè sia di ciò, noi ben volentieri concordiamo nella assoluta necessità della accettazione della quie-

tanza per parte del querelato. Colui che sa di essere innocente, non può annuire a dar valore ad un atto, che a suo carico ingerisce nella pubblica opinione un sospetto di reità, nè può il querelante con un interessato recesso sottrarsi alle sequele di un giudizio o temerariamente o maliziosamente intentato, ed evadere così all' azione per la calunnia. Molto saviamente dunque ha il codice nostro innuovato sulle antiche consuetudini giudiziarie, richiedendo l'accettazione del querelato della quietanza presentata dal querelante. Questa accettazione può essere espressa, perchè resultan-

te da atto legale, e può esser tacita per la presentazione che egli stesso faccia della riportata quietanza ai Tribunali.

Qui ripeteremo, dando fine al nostro commento a questo articolo, che l'atto di quietanza esibito e ratificato da quello o quelli che per legge hanno diritto di intentare l'azione penale è irrevocabile, e che una volta emesso non può ritrattarsi, a meno che non si provi essere stato emesso sotto condizione non adempita, fraudolentemente estorto, o con violenza ottenuto. (*vedi Repertorio Cerretelli verbo querela n.º 44, e quietanza n.º 5.*)

ART. 89. — L'azione penale si prescrive mediante il decorrimento

- a) di venti anni , nei delitti minacciati di morte ;
- b) di quindici anni , nei delitti minacciati d'ergastolo ;
- c) di dieci anni , negli altri delitti che si perseguono d'uffizio ;
- d) di tre anni , nei delitti , che si perseguono a querela di parte .

Prescrizione. — Ragioni sulle quali si appoggia.

Il tempo, questo grande moderatore delle cose umane , costringe i legislatori a rispettare ciò che esso ha creato o distrutto, in danno di quei che inerti o oscitanti non han fatto valere i loro diritti. Da un lato lo scopopolitico di impedire giudiziali contestazioni lunghe ed incerte fra i cittadini, fomento d'odii e di discordie fra loro, e di non rendere incerti i domini delle cose ; e dall' altro la ben dovuta punizione ad una continua negligenza, hanno dato origine presso tutte le nazioni sì antiche che moderne

alla prescrizione nelle materie civili . Ragioni di più alta importanza hanno autorizzata la prescrizione nelle cose criminali .

I commentatori del diritto romano e gli scrittori di scienza penale, si sono affaticati nello indagare le ragioni sulle quali la prescrizione si appoggia. E siccome diverse furono le loro opinioni , così noi ci daremo cura di presentare quelle , che se non hanno in se medesime un egual valore , sono ciò non pertanto apprezzabili .

La prima di queste ragioni si diparte dal debito che la legge impone a quei, che della persecuzione e punizione dei de-

litti sono incaricati, di far succedere nel più breve spazio di tempo possibile al delitto il procedimento e la pena; ogni ritardoché interceda sta a menomare e poi a distruggere lo scopo che la società si propone nel punire, quello cioè di difendersi da ulteriori danni col percuotere il delinquente e correggerlo, e collo spaventare coloro che ardiscono d'imitarlo. A misura che la punizione si allontana dal delitto, il diritto di difesa si affievolisce, ed il pubblico esempio si converte talora in compassione verso il delinquente, e talora in censura contro quei ai quali essendo affidata la tutela sociale, sono stati neghittosi, fino al punto di aver fatto perdere la memoria della violazione della legge penale. Ora quando il delitto è per lungo lasso di tempo estinto nella memoria dei cittadini, non esiste più il danno politico da risarcirsi, l'animo di essi si è riposto in quiete, e la pena diverrebbe subietto di scandalo, anzichè di salutare terrore. Da ciò emerge che il tempo fa cessare la necessità politica di punire, e toglie alla società il diritto di far soffrire un ma-

le al delinquente. (*Carmignani op. cit.* § 370. *Giuliani op. cit. lib. I cap. 9* § 3.)

La seconda ragione si riferisce allo stato d'animo nel quale trovasi il delinquente dopo commesso il delitto. È possibile immaginarsi un supplizio più atroce quanto quella crudele incertezza, quell'orribile timore che toglie al reo la sicurezza d'ogni giorno, il riposo d'ogni notte, e gli dà anni ed anni di terrore e di vigilia, perchè la spada della giustizia, come quella di Damocle, sta sospesa sul di lui capo? Questo supplizio più crudele della morte, ha a sufficienza vendicato il delitto, e legittima la prescrizione. (*Cousturier de la prescription chap. 2 n.º 14. Renazzi loc. cit.*)

La terza ragione venne presentata da Louvet, relatore al corpo legislativo di Francia del progetto del Codice d'Istruzione Criminale del 1808 « *È nella natura delle cose.* » (egli diceva) « *che gli odii pubblici come i privati si calmino, si attenuino col tempo. Se il sacrificio delle vendette private è voluto per prevenire il turbamento che por-*

» *tano alla pace sociale, que-*
 » *sta medesima pace sociale*
 » *esige che la vendetta pub-*
 » *blica non rimanga conti-*
 » *nuamente armata ed in a-*
 » *zione; ma che si calmi e si*
 » *fermi in certi casi, e dopo*
 » *un corso di tempo più o me-*
 » *no lungo secondo le circo-*
 » *stanze. Da ciò viene che i*
 » *popoli più rinomati per la*
 » *loro saviezza, hanno in ge-*
 » *nerale, e dopo un determi-*
 » *nato tempo, consacrato l'o-*
 » *blio delle ingiurie la cui re-*
 » *pressione appartiene alla*
 » *legge* »

La quarta ragione si distacca dagli effetti più naturali e più ovvii del tempo. Si sa quali e quanti guasti esso produca negli uomini e nelle cose. Le prove nei criminali giudizi si appoggiano per la maggior parte sopra fatti caduti sotto i sensi di quei che eranvi presenti; se un lungo tempo si frammette fra l'epoca in cui i fatti si verificarono, e l'altra nella quale debbono essere riferiti ai giudici perchè li apprezzino, può avvenire, ed anzi avviene di sovente, che quei che son chiamati a deporne abbiano pagato il comune tributo alla natura, o

che abbiano di essi perduto ogni memoria. Può avvenire ed avviene, che le traccie del commesso delitto siano irreparabilmente perdute; ed allora qual mezzo resta al fisco per sostenere la sua accusa? quale al reo per prepararsi alla difesa? Ogni giudizio dunque diverrebbe illusorio, mentre la giustizia, priva dei mezzi necessari a scuoprire la verità, rimarrebbe paralizzata. (*Cremani loc. cit. lib. I par. 3 cap. 4.*)

*Leggi Romane
sulla prescrizione.*

Conosciute le ragioni alle quali si appoggia la prescrizione dell'azione penale, prima di occuparci dell'articolo in esame, parleremo del lasso di tempo necessario a prescrivere di fronte alle leggi Romane, e secondo i moderni Codici Francese ed Italiani, e le leggi patrie abrogate.

Il Diritto Romano per regola generale fissava la prescrizione di tutti i delitti nello spazio di venti anni. La *leg. 12 cod. ad leg. Cornel. de fals.* chiaramente determina questa regola « *ivi* » *Querela falsi*

» *temporalibus praescriptio-*
 » *nibus non excluditur*, nisi
 » *viginti annorum exceptio-*
 » *ne, sicut coetera quoque fe-*
 » *re crimina.* » La parola *fe-*
re designa l'eccezione che alla
 regola suddivisata recavano le
leg. 29 § 5 e 6, e 31 ff. ad leg.
Juliam de adult. e la leg. 5
cod. eod. 7 ff. ad leg. Juliam
pecul. e 5 cod. de injur. Nei
 delitti di stupro, adulterio, in-
 cesto, peculato, e ingiurie
 ammettevansi una più breve
 prescrizione che decorreva in
 cinque anni, eccetto l'adul-
 terio che prescrivevasi a favor
 della donna nel corso di sei
 mesi utili, e le ingiurie che
 prescrivevansi in un anno. I
 migliori interpreti poi confuta-
 no la opinione di alcuni, che ri-
 tenevano non essere soggetti a
 prescrizione i delitti di suppo-
 sizione di parto, parricidio e a-
 postasia, essendo questi pure
 subietti alla prescrizione vi-
 cennale. (*Cujac. obser. lib. 4*
cap. 14. — Giuliani loc. cit.
— Cousturier loc. cit.)

*Opinione degli scrittori
 della scienza.*

I più culti criminalisti han-

no giustamente censurate le
 leggi Romane, per avere a tutti
 i delitti, salvo poche eccezioni,
 determinato un così lungo spazio
 di tempo a prescrivere l'azione
 penale. Niuno impugnerà al
 certo, che nel corso di un ven-
 tennio, ogni memoria del com-
 messo delitto nell' animo dei
 cittadini rimane scancellata ;
 che più della metà di coloro
 che al tempo in cui fu com-
 messo il delitto vivevano, sarà
 passata all' altra vita ; che se
 l' azione penale dopo questo
 tempo passasse in una gene-
 razione che del delitto non
 fu spettatrice, si darebbe l' e-
 sempio di una pena ingiusta,
 crudele e inopportuna ; e che
 infine la mano distruggitrice
 del tempo avrebbe portato im-
 pedimento a provare l' accusa
 ed a repellerla. Ma che per-
 ciò ? Dovrà desumersi dalle
 premesse che se un ventennio
 a prescrivere è troppo, deva
 adottarsi uno spazio minore
 applicabile a tutti i delitti ?
 No : se è vero che alla offesa
 che si fa alla società debba cor-
 rispondere la pena che a pro-
 pria difesa la società minac-
 cia ; se è vero che quanto più
 gravi sono le delinquenze, tan-

to maggiori impressioni lasciano nell' animo dei cittadini a cancellar le quali di un maggior lasso di tempo vi è bisogno, che nelle più lievi e nelle minime; non potrà dubitarsi, che non uguale per tutti i delitti esser deve la prescrizione, ma che il tempo per ottenerla debba esser più lungo nei delitti gravissimi, minore nei gravi, breve nei tenui. Oltre a ciò è a riflettersi che in alcuni delitti, nei quali è impegnato l'onore e il decoro delle famiglie, in altri nei quali la umana dignità è stata turpemente obliata, in quelli nei quali è stata violata la fede de' contratti o da callidi artifici estorto il consenso, in quelli infine nei quali la fama altrui è rimasta compromessa, si accordi una celebre prescrizione, per non insprire le già recate ferite, non riprodurre fatti che al pubblico pudore fanno onta, non ridestare la memoria delle frodi da lungo silenzio coperte, nè distruggere la presunzione che il silenzio stesso fa nascere di condonazione delle ricevute ingiurie.

Da queste savie considerazioni mosso il celebre Beccaria

(*Dei delitti e delle pene* §§ 30 e 31) proponeva, che per stabilire il lasso del tempo abile a prescrivere, si facesse una classazione dei delitti, assegnandone uno più lungo ai più gravi, come agli omicidii, uno più breve agli altri meno gravi, ed un altro brevissimo per quelli che ledono l'ordine delle famiglie e la pubblica continenza. A questa opinione hanno pienamente aderito gli scrittori che al Beccaria sono succeduti, e ad essa hanno fatto plauso tutte le legislazioni sorte negli ultimi del passato secolo e nel presente. (*Vedi Giuliani loc. cit. — Carmignani loc. cit. — Cremani loc. cit.*)

*Legislazione patria. —
Codici moderni.*

E cominciando dalle nostre leggi vigenti avanti la pubblicazione del Codice abbiamo che per l' articolo 114 della legge del 30 Novembre 1786 la prescrizione nei delitti dividevasi in due classi. Nella prima erano compresi « ivi » tutti gli omicidii, ruberie, furti, falsità, ribellioni, tradimenti, assassinamenti, ratti di

» fanciulle, violenze in maschi o femmine, ed incendi » e si determina il tempo a prescriverli in dieci anni; nella seconda si contenevano « ivi » tutti gli altri malefici » zii, eccessi o trasgressioni » di qualsivoglia sorte » ed in essi viene alla prescrizione destinato il lasso di cinque anni.

Ed ecco che il diritto patrio, il cui impero si è conservato fino all'attuazione del Codice penale, oltre al mostrarsi più moderato del Diritto Romano, ha riconosciuto l'errore in cui questo era caduto, col sottoporre tutti i delitti ad una sola prescrizione, salve le esposte eccezioni, senza aver riguardo alla loro maggiore o minore politica importanza.

Il Codice d'istruzion criminale di Francia all'articolo 655 e seguenti, segna due gradi di prescrizione dell'azione penale; i misfatti in dieci anni; i delitti in cinque. Questo codice consuona con le antiche leggi toscane.

Gli altri codici penali sono più severi. Il Gregoriano (art. 36 e segg.) rifiuta ogni prescrizione ai delitti contro la

sicurezza interna ed esterna dello stato, contro la religione cattolica, e sottopone la prescrizione dell'azione penale a quattro differenti stadii di tempo; cioè

Primo stadio; delitti punibili con la pena perpetua; si prescrivono in 30 anni;

Secondo stadio; delitti repressi con pena di galera; si prescrivono in dieci anni;

Terzo stadio; delitti punibili con la pena dell'opera pubblica, stupri ed adulterii, si prescrivono in cinque anni;

Quarto stadio; delitti punibili con pene inferiori; si prescrivono in tre anni;

Da tali disposizioni emerge che questo codice nel tempo che è stato più severo del Diritto Romano nel negare il diritto a prescrivere i delitti contro la sicurezza interna ed esterna dello stato, al che non era giunta l'atroce *leg. Quisquis Cod. ad Legem Juliam majest.*, e anche nei delitti contro la religione, ha aumentato di dieci anni, per quelli portanti a pena capitale o quasi capitale, il tempo abile a prescrivere stabilito dal Gius Romano. Il lunghissimo termine

di anni trenta equivale quasi al divieto di prescrivere, mentre trattandosi qui di azione unicamente esercibile contro la persona del delinquente, è da ritenersi senza esagerazione, che durante detto spazio di tempo, diciannove ventesimi fra gli imputati avranno pagato alla natura il comune tributo. Negli altri stadii, di fronte ai delitti di menoma importanza, troviamo la medesima moderazione che riscontrammo nella legge nostra del 1786 e nel Codice Francese.

Il Codice Sardo (art. 135 e segg.) ritiene la non prescrittibilità dell'azione penale nei delitti contro la religione e la sicurezza interna ed esterna dello stato, come la dichiara il Gregoriano, purchè i delitti suddivisati sieno dalla legge puniti con pena capitale. Tale divieto di prescrizione lo estende ai delitti di veneficio, omicidio proditorio, omicidio su pubblico funzionario nell'esercizio delle sue funzioni, di crassazione e d'incendio seguiti da omicidio; e per gli altri delitti puniti con pena capitale o perpetua segna la prescrizione ai venti anni; ai dieci ne-

gli altri misfatti, ed ai cinque nei delitti repressi con pena correzionale; sottopone poi il delitto di ingiurie alla brevissima prescrizione di sei mesi. Dal che si ha che questo codice equivale al Gregoriano, quanto ai delitti per i quali non ammette prescrizione; nel rimanente è più moderato, e di fronte ai misfatti che portano pena capitale o perpetua si uniforma al Francese.

Finalmente il Codice Napoletano di procedura criminale (art. 615 e segg.) determina in 20 anni la prescrizione dell'azione penale per i delitti portanti pena di morte, di ergastolo, e del 3.º e 4.º grado della pena dei ferri; in dieci anni nei delitti punibili con pene infamanti; in due anni in quelli punibili con pene minori; e restringe ad un mese quella per le ingiurie. Questo codice è più mite dei due precedenti.

Osservazioni sull' articolo.

Il nostro codice nella grave materia della prescrizione ha in parte preso norma dai fonti che abbiamo citati, in parte ha

seguito principii suoi proprii . Anzi tutto siamo in debito di tributargli lode per aver sottoposto tutti i delitti a prescrizione, rifiutando i riservi contenuti nei codici Gregoriano e Sardo , come un residuo di quella barbara implacabilità , che i secoli d'ignoranza danno alla legge penale , vestendola delle umane passioni .

Quattro misure di tempo questo articolo designa per la prescrizione dell' azione penale.

La prima è di anni venti assegnata ai delitti colpiti con pena irreparabile; in ciò ha seguito in parte i codici Sardo e Napoletano . La seconda è di anni quindici destinati ai delitti minacciati di ergastolo. Questa limitazione di tempo è creazione del nostro codice che si è reso più mite degli altri indicati , ma più severo della legge antica e del codice Francese . La terza è di anni dieci per tutti gli altri delitti perseguibili a pubblica azione, per la quale complessiva determinazione che comprende delitti gravi, lievi, e lievissimi si mostra più severo delle nostre leggi e dei codici suddivisati . E tanto più la severità si ren-

de evidente, se si rifletta alla estensione grandissima data alla pubblica azione dal codice nostro comprendendovi perfino le leggere offese . Se avesse limitata la prescrizione decennale ai delitti punibili con la casa di forza , quel lasso di tempo si presentava razionale, perchè designava una graduale discesa dalle misure precedenti ; ma porre in un fascio questi con gli altri repressi con la carcere , l' esilio , la multa e perfino con la riprensione giudiciale, ci sembra cosa incoerente ai già esposti principii della scienza e agli esempi di altra legislazione ; quindi doveva farsi una separazione fra i primi e gli altri , e stabilire per questi la prescrizione in un lasso di tempo minore . La quarta misura è di anni tre assegnata a prescrivere i delitti perseguibili a querela di parte. E qui il codice ha preso in esempio il Gregoriano , che se è più mite del Sardo, è più severo del Napoletano . Ma il Codice nostro è più severo delle Romane leggi e delle legislazioni moderne di fronte al delitto d' ingiurie , per il quale la prescrizione ,

come osservammo , è determinata rispettivamente in un anno, in sei mesi ed in un mese .

Dopo ciò concludendo osiamo dire, che il codice non ostante i suoi quattro stadii di prescrizione, non ha raggiunto quel miglioramento di cui era suscettibile la legge del 30 Novembre 1786. I primi due stadii si presentano troppo estesi, perchè un silenzio ed una inazione che durano venti e quindici anni, inabilitano la società ad usare il diritto d' offesa , e il presunto reo a difendersi. Il terzo col comprendere i delitti

gravi lievi e lievissimi se può corrispondere alla importanza dei primi, è esuberante di fronte ai secondi ed ai terzi ; il quarto è del pari troppo esteso ; perchè nei delitti nei quali la legge rilascia il procedimento al privato interesse , d' uopo è che il tempo per usare questo diritto sia più che si può ristretto, onde ovviare all' abuso , che può farsene sovente , fomentato dagli odii , dalle vendette e dalle gare individuali. Parleremo del modo di calcolare la prescrizione della pena nel nostro commento agli articoli seguenti .

ART. 90. — Ognora che con un delitto sia andata connessa una trasgressione, questa non si prescrive che insieme con quello .

Osservazioni sull' articolo

Quest'articolo suppone il caso che a un delitto sia connessa una trasgressione, e vuole in tale ipotesi, che quest'ultima si prescriva insieme col primo. A noi sembra che tale disposizione avrebbe avuto sede più opportuna e più congrua nel Regolamento di Polizia punitiva, perchè il Codice Penale si occupa dei delitti e non delle trasgressioni (art. 2 § 2), e il caso previsto si riferisce a queste ultime, perchè segna una eccezione al modo con cui si prescrivano.

Checchè sia di ciò, è di gius notorio, che tanto per le antiche leggi di finanza e regalia tuttora in vigore (art. 7 del R. Decreto del 20 Giugno 1853) che per il regolamento d'istruzione dei processi criminali (art. 151), e per il Regolamento di polizia punitiva vigente

(art. 19) il lasso di tempo capace a prescrivere l'azione penale nelle trasgressioni è assai più breve di quello che viene assegnato allo stesso scopo ai delitti. Ora, se una trasgressione è connessa con un delitto, la legge saviamente stabilisce, che cessi la breve prescrizione alla trasgressione assegnata, e succeda quella determinata per il delitto cui va congiunta.

Ben facile è il raggiungere lo spirito di queste disposizioni. Le trasgressioni esigono una procedura celere e spedita; sono relative a fatti o omissioni che hanno una tenue importanza politica, che si possono facilmente dimenticare, a tal che sarebbe inopportuno e contrario alla equità il tener sospeso per un lungo tempo un cittadino sotto la tema ed il pericolo di un giudizio; al contrario i veri e proprii delitti, sieno pure gravi o di lieve mo-

mento pongono l' accusatore pubblico ed il privato nella necessità di procurarsi delle prove e degli argomenti per preparare l' accusa e per portarli alla cognizione dei Tribunali , lasciano dietro di se tracce che la memoria popolare per qualchè tempo conserva , sicchè il tempo a prescrivere l' azione penale occorra più lungo .

Ma se questi due distinti modi di violazione della legge penale , si trovano uniti o congiunti in un medesimo atto, e non possono separarsi senza rompere la loro connessione o continenza , per non esporre così le relative risoluzioni al pericolo di una contrarietà di giudicati , la prudenza vuole che lo stesso magistrato con un solo e medesimo giudizio li risolva ambedue; ed allora la necessità di un dispendio maggiore di tempo, cui si va incontro per ottenere l' indicato scopo , obbliga la legge a deflettere dalla propria indulgenza , e a render comune alla trasgressione il termine assegnato a prescrivere l' azione penale per il delitto .

Tizio, per esempio, è imputato di avere ucciso o ferito Sem-

pronio con un arme da fuoco, che non poteva portare perchè mancante della voluta patente, o con un pugnale , arme dalla legge vietata . Se il procedimento giudiziario per queste due violazioni della legge penale venisse disgiunto, e così fosse rotta quella connessione e quella continenza che hanno i due notati fatti l'uno con l' altro, ne potrebbero sorgere due giudicati che fra di loro fossero in contrasto, o una preoccupazione , una influenza che il primo irregolarmente, ma necessariamente avesse sul secondo. Quindi l' obbligo di esaurire i due addebiti congiuntamente , e perchè inane ed inutile non rimanesse la cognizione del secondo, la necessità di parificare in ambedue il lasso di tempo necessario a prescrivere .

Tutto ciò premesso, resta a dire, che la massima dall' articolo in esame stabilita era dalla nostra antica giurisprudenza costantemente praticata , sicchè il codice null' altro ha fatto che darle la sanzione legale .

D' uopo è per altro , che i Tribunali sienoguardinghi a restringere l' applicazione del-

l'articolo che abbiamo sott'occhio ai soli casi di connessione di fatti o di continenza di causa ; che se la causa della trasgressione non avesse un nesso positivo e diretto con l'altra del delitto, e si potesse decidere separatamente, senza alcuno di quei gravi inconvenienti che abbiamo di sopra tracciati, deve allora starsi alla regola e non alla eccezione, non potendosi, senza una certa imprescindibile necessità, privare il debitore della contravvenzione del più breve tempo dalla legge assegnato alla prescrizione. La legge vuole che la trasgressione sia al delitto *connessa*, e con questa parola il legislatore si è riportato a quanto aveva prescritto all'articolo 343 delle DD. ed II. del dì 9 Novembre 1838, che dà la definizione della connessione nelle cause criminali; quanto agli elementi giuridici che formano la continenza delle medesime, i nostri lettori li troveranno designati con chiarezza e precisione dalla sentenza della Corte Suprema del 16 Novembre 1847 (*Annali di Giurisprud.* anno IX p. 1 col. 589).

Infine sarà opportuno di qui

riportare in intero il testo di un'altra decisione della lodata Corte del dì 11 Luglio 1855, che determina la intelligenza da darsi a questo articolo, e conferma i principii da noi esposti « ivi » *Considerando*
 » *che l'articolo 90 del Codice penale dispone, che quando con un delitto sia connessa una trasgressione,*
 » *questa non si prescrive che insieme con quello, il che significa, che il lasso di tempo destinato dalla legge a prescrivere l'azione penale nel delitto, si fa comune alla trasgressione »*

» *Considerando che non può dubitarsi che con la parola connessa dal codice suddetto adoperata, il medesimo si sia voluto referire al disposto dell'articolo 343 delle DD. ed II. del 9 Novembre 1838, nel quale si dice, che i delitti connessi sono quelli « ivi » che sono stati commessi nel medesimo tempo da una sola persona o da più persone riunite o da differenti persone e in differenti tempi e in luoghi diversi, ma dietro un concerto passato prece-*

» dentemente fra loro , o
 » quando sono avvenuti per
 » procurarsi i mezzi di com-
 » metterne altri, o per facili-
 » tarne o consumarne la ese-
 » cuzione o per assicurarsi
 » la impunità »

» Considerando che la tra-
 » sgressione per la quale con
 » la sentenza denunziata ha
 » riportata condanna il ri-
 » corrente , in niente altro
 » consisteva che nell'aver es-
 » so mancato di trascrivere
 » al suo registro secondo che
 » vien disposto all' articolo
 » 197 § 1 del Regolamento di
 » Polizia punitiva gli ogget-
 » ti da lui acquistati nell' e-
 » sercizio della sua profes-
 » sione di rigattiere da N. ,
 » oggetti di poi scoperti spet-
 » tare ad un furto da que-
 » st' ultimo commesso »

» Considerando che la o-
 » missione suddetta ben lun-
 » gi dall' essere , secondo lo
 » spirito e la lettera del già
 » trascritto articolo 345, con-
 » nessa al delitto di furto ad-
 » debitato a N, rilevavasi al
 » contrario al furto stesso e-
 » stranea ed indifferente, men-
 » tre:

» Quanto allo spirito, non

» poteva impugnarsi che il
 » debito imposto ai Tribu-
 » nali di risolvere in un so-
 » lo ed unico giudizio e con
 » una sola ed unica sentenza
 » i delitti connessi (fra i qua-
 » li per identità di ragione ,
 » entrano anche le trasgres-
 » sioni) procedendo dallo sco-
 » po di evitare il pericolo
 » della contrarietà dei giudi-
 » cati , e della prevenzione
 » che il primo potrebbe reca-
 » re al secondo: nel caso l'ac-
 » cennato pericolo non pote-
 » va giammai verificarsi, in
 » quanto che , ritenuto fino
 » da principio che l'acquisto
 » degli oggetti sopraccennati
 » avvenne in buona fede, e
 » che così di ausilio o di fa-
 » voreggiamento non tratta-
 » vasi , la circostanza nella
 » quale , come è stato già ri-
 » levato, tutta la trasgressio-
 » ne si concentrava , cioè la
 » omissione del riporto della
 » relativa partita di acquisto
 » al registro , mancava di
 » qualunque nesso con l'enun-
 » ciato delitto di furto, e del-
 » la trasgressione stessa pote-
 » vasi e dovevasi separata-
 » mente da questo dal Tribu-
 » nale competente conoscere

- | | |
|----------------------------------|---------------------------------|
| » e decidere ; e | » sgressione in discorso , sic- |
| » Quanto alla lettera era | » chè non poteva riguardarsi |
| » del pari evidente, che in nes- | » come connessa con il delit- |
| » suno dei molti casi dal citato | » to di furto |
| » articolo previsti ed indicati, | » Cassa ec. |
| » trovavasi compresa la tra- | |
-

ART. 91. — Le disposizioni, contenute nell' articolo 88, e sotto lettera *d* dell' articolo 89, non si applicano a quei delitti, che, a tenore del § 2 dell' articolo 4, e del § 2 dell' articolo 5, si perseguono per eccezione a querela di parte, perchè commessi fuori del territorio toscano.

Osservazioni sull' articolo.

Il legislatore in questo articolo si riporta alle disposizioni contenute nell' articolo 4 § 2 e nell' articolo 5 § 2 del Codice per fare una eccezione al disposto degli articoli 88 e 89 lettera *d*. Noi, nel rimandare i lettori al nostro commento (vol. I pag. 64 e 66) ci limiteremo ad osservare:

Che il primo dei detti articoli § 2 lettera *d*, parla dei delitti commessi dal Toscano fuori di Toscana minacciati di pena inferiore alla casa di forza, e ne ammette in Toscana il procedimento ma a sola querela di parte.

Che il secondo al § 2 parla di delitti portanti a pena inferiore alla casa di forza commessi fuori di Toscana, ma contro un Toscano, per i quali accorda in Toscana il proce-

dimento a querela di parte contro il forestiero arrestato in Toscana, o consegnato dai Governi esteri.

Ora i rammentati delitti non sono per l' articolo che commentiamo sottoposti alle regole prescritte all' articolo 88 e 89 lettera *d*, il che vuol dire che la quietanza della parte dolente non estingue l' azione privata, ed il lasso di tempo che segna la prescrizione nei delitti di privata azione, non è ad essi applicabile.

Qual' è il motivo sul quale si fonda questa duplice eccezione? Sebbene l' egregio autore della *Teorica del Codice Penale* abbia mancato d' istruircene, ciò non pertanto a noi sembra, che la ragione di cui andiamo in cerca si trovi contenuta nel testo stesso della legge, la quale dice che i delitti di cui parla « ivi » *si perse-*

» guono per eccezione a que-
» rela di parte , perchè com-
» messi fuori del territorio
» Toscano » .

La legge adunque suppone che i delitti di cui fa parola sieno fra quelli che il Codice vuole sieno perseguitati d' ufficio (vedi art. 10) e che soltanto perchè commessi in estero territorio, permette che si perseguano a querela di parte: dal che deve inferirsene, che la limitazione contenuta in questo articolo percuote soltanto i delitti, che sono di per se stessi di pubblica azione, ed esclude quelli di azione privata; per i primi si starà quanto alla prescrizione alle regole generali, nonostante che per procedere siavi d'uopo della querela privata; per i secondi varrà il prescritto agli articoli 88 e 89 lettera *d*. Questa conclusione noi già abbiamo emessa commentando l' articolo 4 del codice. (vol. I pag. 58).

Ristretta in tal modo la intelligenza da darsi a questo articolo, prendiamo ad esaminare l' allegata ragione, cui la limitazione si appoggia.

La legge vuole che per procedere nei delitti da lei indica-

ti sia necessaria la querela di parte; e poi a questa querela nega tutti i suoi giuridici effetti, perchè non ammette la quietanza come mezzo estintivo dell' azione privata, non ammette il lasso di tempo capace a prescrivere l' azione stessa. Crea dunque una vera anomalia, e nel crearla fa rivivere l' azione penale *semipubblica*, tanto censurata, come abbiamo veduto, dall' illustre autore della *Teorica del Codice Penale*, e la fa rivivere con un aggravio, mentre per l' azione *semipubblica* non si immutavano i termini atti a prescrivere.

Le ragioni alle quali può credersi che la legge si appoggi per deviare dalle regole precedentemente stabilite sono convincenti? Osiamo dire che nò; si tratta qui di delitti commessi all' estero da un toscano contro un forestiero, o da un forestiero contro un toscano; le leggi patrie non sono state dunque violate; scandalo pubblico non è avvenuto; necessità assoluta di difesa non esiste, perlochè se eccettuiamo i gravissimi e gravi delitti, nei minori la sollecitudine di punire diviene assai

meno potente. E se la legge per questi riflessi principalmente, ha creduto per procedere di aver bisogno della espressa domanda del leso, perchè impedire che con quel medesimo modo, col quale l'azion penale

ha avuto vita, si estingua? perchè rimettere alla prescrizione comune delitti per i quali resta difficile ottener prove, in quanto furono commessi all'estero, e le cui tracce possono facilmente perire?

ART. 92. — Ove la legge non comandi altrimenti, la prescrizione incomincia a decorrere ,

a) nei delitti consumati, dal giorno della loro consumazione ;

b) nei delitti tentati , dal giorno dell' ultimo atto di tentativo ;

c) nei delitti continuati , dal giorno dell' ultimo fatto criminoso .

Leggi Romane .

Le leggi Romane facevano incominciare il corso della prescrizione dal giorno nel quale era stato commesso il delitto ; così in lettera stabiliscono le *leg. 29 § quinquennium ff. ad leg. Jul. de adult.* e la *leg. 5 cod. eod.*, sia che il termine a prescrivere fosse di venti anni, sia di cinque o minore. Queste leggi erano a se stesse coerenti : mentre se per il lasso del tempo presumevano dimenticato il delitto, inabilitati l' accusatore ed il reo a far le loro prove , e cessato nella società il diritto di punire, ragion vuole, che per ottenere tal risultato il punto di partenza sia

l' infausto giorno in cui il delitto avvenne . Determinato questo punto di partenza , le leggi suddette stabilivano, dover essere il lasso di tempo continuo e non utile ; se non che prodotto il libello di accusa , la causa doveva esser risolta e decisa nell'anno, se il reo era detenuto , nei due se era in libertà . Questi termini spirati , senza che la sentenza fosse intervenuta , l' accusato era assoluto. Di questo ritardo erano puniti l' accusatore ed il giudice (*leg. 6 § 2 cod. de custod. reor. leg. 3 cod. ad Sen. Cons. Turpil.*)

Giova qui osservare che i Giureconsulti Romani permettevano soltanto al reo di de-

durre la prescrizione, vietando ciò all'accusatore pubblico ed al magistrato. Ciò si induce dalla *leg. 29 § 7 e 8 ff. ad leg. Jul. de adult. (Cousturier loc. cit.)*. Questa massima è stata rigettata dai migliori scrittori, i quali osservano che la prescrizione ha il suo fondamento nel magistero penale, e così giova al reo anche non opposta, e il giudice deve d'ufficio pronunziarla, astenendosi dal prender cognizione della causa per esser decorso il tempo assegnato a legittimamente introdurre o proseguire l'azione penale. (*Giuliani loc. cit. — Cremani loc. cit. § 42*). La nostra giurisprudenza ha costantemente abbracciata questa opinione, tanto sotto le leggi penali abrogate, quanto sotto l'impero del vigente Codice.

Molti scrittori di scienza penale, ed in specie gli antichi, sottoposero ad una distinzione la massima positiva delle leggi Romane, doversi cioè il lasso del tempo assegnato alla prescrizione cominciare ad essere computato dal giorno del commesso delitto. Se durante il periodo alla prescrizione assegnato il procedimento contro il reo

aveva avuto luogo, in questo caso, dicevano essi, doversi stare alla legge Romana; se poi procedimento era avvenuto, il tempo a prescrivere misuravasi dall'ultimo atto della procedura iniziata. Una simile disposizione prevalse in molte legislazioni, sebbene alcuni scrittori moderni l'abbiano combattuta.

Infatti troviamo adottata tal distinzione dal Codice d'Istruzione Criminale di Francia (art. 637 e 638), dal Codice Sardo (art. 144), dal Gregoriano (art. 45); il Codice di Procedura Napoletano fa interrompere all'art. 618 la prescrizione soltanto dalla recidiva, la quale fa sì che la prescrizione stessa cominci a decorrere dal giorno in cui l'ultimo atto criminoso fu commesso.

In Toscana la legge del 30 Novembre 1786 all'art. 114 rifiutava queste dottrine col determinare che la prescrizione corresse « ivi » *dal dì in cui i delitti saranno stati attentati o commessi e non più oltre*. » Una sola limitazione la pratica aveva introdotta relativamente ai delitti di truffa o stellionato, nei quali il punto

di partenza a prescrivere l'azione penale era, non il giorno nel quale fossero stati commessi, ma bensì l'altro in cui erano venuti a notizia del lesa a cui spettava l'azione a querelare. (*Vedi Repertorio Cerebelli verbo Truffa n. 27 e 38*).

Osservazioni sull' articolo.

Il nostro Codice nell' articolo che esaminiamo, alle lettere **a** e **b** si uniforma pienamente al disposto della legge Leopoldina, mentre ordina che nei delitti consumati la prescrizione cominci dal giorno della loro consumazione, nei tentati dal giorno dell' ultimo tentativo.

Resta a dire da qual punto debba cominciare la prescrizione nei delitti continuati, dei quali nè la legge patria già citata nè altre posteriori eransi occupate, e ciò, prima di fronte alla scienza, poi di fronte al nostro gius penale ed ai moderni Codici, quindi ad esaminare il disposto alla lettera **c** di questo articolo.

Nelle nostre osservazioni all' art. 80 (vol. II pag. 257) abbiamo data una idea, per quan-

to per noi si poteva, chiara, del delitto continuato; qui, come in luogo più opportuno, aggiungeremo alcuni riflessi per meglio conoscerne l' indole e la natura giuridica.

Il chiarissimo Giuliani (*op. cit. lib. III. Tratt. 3 cap. 8 § 2*) distingue i delitti continuati in due classi cioè:

1.^o per iterazione dell' atto;

2.^o per indole.

Verificasi il primo caso nei delitti di adulterio, d' incesto ripetuti fra le medesime persone, nei delitti di furto commessi in più tempi, con i medesimi mezzi, a danno dello stesso proprietario. In questo caso la prescrizione comincia dall' ultimo atto criminoso. Il secondo caso ha luogo in quei delitti che si riproducono ogni giorno, come i delitti di bigamia, di inosservanza di pena, i quali di per se stassi continuano e non finiscono fino a che per fatto del delinquente, o per un evento qualunque il fatto criminoso non cessa; il che avviene nel bigamo quando uno dei due coniugi soccombe, o nel giorno in cui il bigamo cessa di convivere col secondo coniuge; e nella inos-

servanza quando il condannato ritorna a subire spontaneamente la pena, o è arrestato. Della stessa indole erano i delitti di apostasia, di eresia e di scisma, come pure quelli di prava usura, quando per essi potevasi criminalmente procedere, dappoichè la prescrizione cominciava, quando l'apostata era ritornato alla religione abbandonata, l'eretico e lo scismatico avevano abiurato il loro errore, e quando l'usuraio cessava di percepire le usure. (*Poggi elem. jurispr. crim. lib. I cap. 5 § 98*).

Le già notate teorie insegnate da quasi tutti gli scrittori erano abbracciate dalla nostra Giurisprudenza, e vigevano nel fòro all'attuazione del Codice, (*vedi Repert. Cerretelli verbo Prescrizione passim*), ed erano anche estese al delitto di stupro, nonostante che si consumi la prima volta, e gli atti successivi non sieno che atti di fornicazione. I Codici Sardo (art. 150), e Gregoriano (art. 44), che a quanto pa-

re si riferiscono ai delitti continuati della prima specie, seguono le stesse massime.

L'articolo che esaminiamo alla lettera *c* parla in genere di delitti continuati, ed uniformandosi alle nostre giudiziali osservanze stabilisce, che in essi, la prescrizione comincia dal giorno dell'ultimo fatto criminoso, il che manifestamente dimostra, che si è riferito ai delitti continuati della prima specie. Degli altri ha taciuto, se non che nel principio di questo articolo, con espressioni preservative, delle quali il Codice nostro è esuberantemente largo, si riporta a regole speciali contenute nel secondo libro, e restrittive della regola generale; fra queste per esempio vi è l'art. 297 che parla della prescrizione del delitto di bigamia. Ci riserbiamo a parlare di questa materia in rapporto agli altri delitti continuati della seconda specie, quando il Codice Penale di essi terrà proposito.

ART. 93. — Quando una causa civile pregiudichi alla causa criminale, il corso della prescrizione dell' azione penale resta sospeso, fintantochè la causa civile non sia irretrattabilmente risolta.

*Leggi Romane
e Giurisprudenza Patria.*

Lunghe, gravi, e sottili contestazioni sono nate fra gli interpreti delle leggi Romane, in rapporto al concorso nello stesso fatto dell'azione civile e dell'azione criminale per decidere, se le dette due azioni potevano contemporaneamente procedere, o se la esistenza dell'una, escludeva o sospendeva l'ingresso o la continuazione dell'altra. Noi in questa intralciata materia, dopo aver riferito le opinioni le più ricevute nella pratica forense, diremo ciò che aveva determinato il nostro gius penale, e così ci faremo strada al commento dell'articolo sopra trascritto.

I testi delle leggi Romane, che della materia sopra accennata dispongono, sono, per traslasciare d'altri meno precisi, la *Leg. 1 Cod. de ord. cognit.*,

la *Leg. unic. Cod. Quando civilis actio crim. praejud.*, e i titoli delle Pandette *de dolo malo*, e *de liberali causa*.

Tre casi gli interpreti configurano per sciogliere la questione del concorso delle indicate due azioni.

1.º *Caso.* Azione civile intentata e pendente, alla quale sia succeduta l'azione criminale;

2.º *Caso.* Legge che dà al lesa la scelta fra le due azioni, e fatto del lesa, che è convolato all'azione civile;

3.º *Caso.* Questione pregiudiziale di stato, di proprietà, o di possesso insorta nel giudizio criminale.

Il primo caso era unicamente ristretto ai delitti di privata azione, e verificavasi ordinariamente nelle truffe, negli stelionati, nella fraudata amministrazione, nella espilata eredità. Nei delitti perseguibili

d' ufficio non poteva mai avvenire , mentre la persona alla quale la legge delega il diritto di promuovere l' azione penale, non può essere trattata dal fatto o dalla volontà delle parti private, a meno che non sorgano nell' esercizio dell' azione penale pubblica, gli ostacoli dei quali parleremo al caso terzo . Se dunque il leso in delitto di azione privata aveva intentata l' azione civile, non poteva , quella pendente , convolare alla criminale , la quale rimaneva sospesa , fino a che la civile non fosse esaurita mediante sentenza passata in cosa giudicata. Che anzi il *Bosio* (*tit. de plu. viol. n. 213 verb. nec sufficit*) sostiene sull' autorità dell' *Angelo*, che il giudizio criminale non può aver cominciamento fino a che la sentenza civile non sia stata eseguita . (*Repertorio Cerretelli verbo Azione n. 6. 10. 11. 12. 14. 20. e nota lett. D*). Questa massima si appoggia al giusto ed equitativo riflesso , che non permette che per lo stesso fatto penda contemporaneamente controversia avanti due differenti Tribunali , sì per non incorrere nel pericolo

di una contrarietà di giudicati, come per non aderire al capriccioso cambiamento di volontà del privato accusatore , che , avuta prima fiducia nel Tribunale civile , deve sottostare al giudizio da lui introdotto fino a che non è pienamente esaurito .

Osserviamo, che in questo primo caso il lasso di tempo dalla legge voluto a prescrivere l' azione penale, non rimaneva sospeso per la pendenza del giudizio civile, ma correva indipendentemente da esso , in quanto che la necessità dell' esaurimento del giudizio civile, era motivata dalla piena e libera volontà dell' attore , che potendo direttamente intentare l' azione penale aveva dato su di essa la preferenza alla civile ; a tal che per questa causa meramente volontaria non doveva portarsi pregiudizio al reo, a favore del quale correvano i termini determinati a produrre la prescrizione .

Il secondo caso si verificava nei delitti di danno dato per ingiuria, di remozione di confini, di turbato possesso , tutti di azione privata . In questi la legge e la Giurisprudenza da-

vano all'attore la scelta fra l'azione civile e la criminale; fatta questa scelta era vietato al medesimo attore di convolare al criminale, se avesse scelto il giudizio civile. In questo caso la scelta perimeva affatto l'azione penale, o per meglio dire inabilitava il lesa a promuoverla, dovendogli contentarsi dell'esito del giudizio civile. Era questa la necessaria conseguenza dell'azione a lui rilasciata. (*Paoletti Inst. Teor. prat. Crim. lib. VI Tit. 5 vers. sicut vero*).

Il terzo caso si verificava allorchando nelle cause criminali, tanto di privata che di pubblica azione, per asseriti delitti che riguardano la proprietà o lo stato delle persone, il supposto delinquente allegava, o di non avere le giuridiche qualità designate, o di avere il dominio e possesso, o la servitù sui fondi o rispettivamente sui mobili sui quali era caduto l'asserito delitto. Egli confessa il fatto, ma all'accusatore pubblico o privato risponde *feci sed de jure feci*. Ciò avvenendo il tribunale criminale doveva sospendere l'iniziato procedimento, e rinviare le parti al

tribunale civile, perchè decidesse sulla eccezione pregiudiziale di stato, di proprietà, possesso e servitù dedotte: e a riprender l'azione penale sospesa, doveva attendere che il tribunale civile avesse definitivamente pronunciato, e che la sentenza fosse passata in cosa giudicata.

La ragione di questa sospensione stava nell'ordine pubblico dei giudizi, ed in quello delle competenze, non potendo il tribunale criminale, che sopra i soli malefizii ha giurisdizione, occuparsi di civili controverse, la cui cognizione è dalle leggi ad altro potere affidata. Questa massima ricorreva anche di fronte alle leggi Romane, sebbene non conoscessero differenza di giurisdizione; infatti troviamo nella *Leg. 1 Cod. de ordine cognit.*, che l'Imperatore Alessandro ordina al magistrato, insorta la rammentata eccezione, di sospendere il giudizio sul delitto, ed esaurire prima completamente la eccezione medesima, la quale, essendo di per se stessa pregiudiziale, deve necessariamente aver la preferenza. (*Vedi Merlin Repertoire de*

Jurisprudence *mot question prejudicielle per totum*. *Annali di Giurisprudenza anno XII p. 1 col. 959*).

In questo terzo caso nel quale il giudizio criminale resta sospeso per dar luogo al giudizio civile, la prescrizione dell'azione penale restava ugualmente sospesa per tutto quel tempo che la sentenza del Tribunale civile non era passata in cosa giudicata. E questa sospensione si calcolava dal giorno nel quale il tribunale criminale aveva inviato le parti al giudice civile. Una tale sospensione era appoggiata ai principii della stretta giustizia, in quanto che l'attore non volontariamente, ma dietro la eccezione pregiudiziale del preteso reo, era stato al tribunale civile inviato. Non era dunque per di lui colpa se doveva sottostare agli indugii cui le cause civili sono soggette, prima che giungano al loro esaurimento; e siccome la prescrizione è pena che percuote chi fu negligente nello agire, così un tale rimprovero non meritava colui che doveva cedere alla necessità. È noto il principio — *contra non valentem agere non*

currit praescriptio. —

Vero è per altro che da tali principii giustamente gli autori sopra citati e la pratica giurisprudenza recedono, quando il modo di escludere la dedotta eccezione pregiudiziale si presenta al tribunale criminale intuitivamente, e si manifesta così la inutilità di ricorrere al tribunale civile: e vi recedono ancora, quando la pendenza del giudizio civile non cada sul medesimo subietto; (*vedi Sentenza della Corte Suprema del 30 Maggio 1855*) e quando con atti criminosi posteriori all'intentato giudizio civile, si innuova lo stato delle cose esistente al cominciamento della lite. (*vedi Decis. di detta Corte del 22 Settembre 1855*).

Osservazioni sull' articolo.

In questo articolo il Codice ha preveduto, a parer nostro, il primo, ed il terzo fra i casi dei quali abbiamo parlato sulla scorta degli scrittori di scienza criminale e delle massime stabilite dalla nostra giurisprudenza. E lo ha risoluto in conformità dei principii suddivisati. Se non che li ha un co-

tal poco innovati nel primo caso, ove, come abbiamo esposto, il corso della prescrizione non rimaneva sospeso, ma continuava per le ragioni sopra allegate. Egli ammette la sospensione in ambedue, quantunque una differenza sostanziale passi fra colui che volontariamente agisce contradicendo al fatto proprio, e colui che deve cedere alla necessità che lo inabilita ad agire.

Al secondo caso ha il Codice nostro provveduto all'art. 425 relativamente ai delitti contro le proprietà immobili.

Crediamo cosa utile, in complemento al già detto, di tener proposito di alcune normali decisioni dalla Corte Suprema adottate sulla materia prevista dall'articolo in esame.

Sono tre i casi che hanno dato luogo alle indicate decisioni.

Uno di essi è relativo alla semplice sospensione dell'azione penale, e così alla prima eventualità da noi sopra prevista; gli altri due hanno molta analogia con la terza.

La decisione del dì 5 Aprile 1856 si riferisce ad individuo, che dopo avere intentata

contro un terzo l'azione civile in restituzione di somme o truffate o fraudolentemente ottenute, pendente quel giudizio, era convolato al foro criminale dando querela di frode o stellionato contro la stessa persona per quei medesimi fatti: il preteso delitto dicevasi commesso avanti l'attuazione del vigente Codice Penale, e così in un tempo in cui per le leggi allora imperanti ambedue quei delitti erano di privata azione.

Il querelato per mezzo di speciale richiesta aveva domandato al Tribunale di Prima Istanza adunato in Camera di Consiglio, che mediante decreto dichiarasse doversi sospendere la procedura penale fino all'esaurimento dell'azione civile. Il Tribunale opinò non potersi per le disposizioni delle leggi vigenti occupare delle cause pendenti avanti il Giudice d'istruzione, se non che nel caso di ammissione o di rigetto di querela, e nell'altro nel quale, completata la regolare istruzione, ne fosse dato conto per decidere, se era o no luogo ad inviare il prevenuto al pubblico giudizio.

Denunziata questa pronun-

zia alla Corte Suprema per denegata giustizia, essa con la sopra citata decisione la cassò, rinviando la questione ad altro turno. La Corte suddetta non decise la questione stessa nel merito, perchè non vi era richiamata; la trasmise intatta al tribunale di rinvio. Ciò non pertanto col richiamare il tribunale a risolverla, dimostrò che meritava di essere esaminata, di fronte in specie ai principii del diritto comune, e al disposto dell' articolo 93 di cui ci occupiamo.

La seconda decisione della Corte Suprema è in data del 19 Aprile 1854.

Un Avvocato addetto alla Curia nostra era stato addebitato, di avere in atti o memorie esibite in un giudizio civile ecceduto, fino al punto di ingiuriare gravemente la parte contraria, ed insieme i giudici che avevano pronunciata una sentenza inappellabile.

Il Pubblico Ministero sulle istanze della parte privata lesa e anche d' ufficio, aveva introdotta l' azione penale contro il detto Avvocato per libello famoso, ed il Tribunale di Prima Istanza, riunito in Camera

di Consiglio, aveva inviato al pubblico giudizio l' avvocato medesimo.

Questi denunciò alla Corte Suprema quella pronunzia, e la Corte, ammesso il ricorso, la cassò per i seguenti riflessi;

Che per il disposto alla *Leg. 6 Cod. de postulando*, e *10 Cod. de injur.* cui consuevano gli art. 32 e 33 della legge del 2 Settembre 1849, e le disposizioni sebbene generiche dell'art. 93 del Codice Penale, era d'uopo che, avanti di dar luogo all'azione penale, il giudice presso il quale pende la causa ove si sono verificati gli eccessi che sopra, decida pregiudizialmente, se è intervenuto o nò abuso della indipendenza e libertà della difesa, e nel caso affermativo, se tale abuso potesse convenientemente reprimersi con pena disciplinare, o piuttosto con l' esercizio della detta azione penale; e

Che nel caso non avendo il giudice civile esaurito il proprio ufficio, era stata anzi tempo e illegalmente intentata e proseguita l'azione penale pre-enunciata.

La terza decisione datata del 22 febbrajo 1856 avvenne

nel caso seguente .

Un marito aveva adito il Tribunale ecclesiastico , richiedendo la separazione *quoad thorum et habitationem* dalla moglie per causa di adulterio, e contemporaneamente che l'aserta adultera fosse dal Giudice Ecclesiastico condannata per l' adulterio alla temporaria relegazione in un Monastero .

Dopo che una tale vertenza trovavasi tuttora indecisa al Tribunale Ecclesiastico , contradicente la moglie, il marito presentò al Tribunale criminale querela contro di essa , richiedendo che fosse condannata, insieme con i correi , nella pena dalle leggi minacciata all' adulterio .

Il giudice d'istruzione opinò non doversi, fino a che pendeva il giudizio avanti il Tribunale ecclesiastico, ammettere quella querela . Il Regio Procuratore vi si oppose: quindi nacque un decreto del Tribunale di prima istanza adunato in Camera di Consiglio , che annuì alla opinione manifestata dal giudice d' istruzione .

Ricorse in Cassazione il Pubblico Ministero . Riporteremo

qui nella loro integrità i motivi che precedono la rammentata decisione « ivi »

» Considerando che per diritto canonico , mantenuto
» in vigore in questa parte
» dalle leggi del Granducato,
» le cause di separazione tra
» i coniugi , come quelle che
» hanno per diretto scopo lo
» indurre non lievi modificazioni al sacro vincolo coniugale , e che rivestono in
» questo aspetto l' indole ed
» il carattere di cause matrimoniali , furono mai sempre e sono tuttora riservate , tranne i rapporti d'interesse puramente civile e
» pecuniario , alla esclusiva
» competenza del foro ecclesiastico. Ed ove la domanda di separazione venga
» mossa a cagione di adulterio, e tanto più ove sia accompagnata da istanza di repressione del coniuge colpevole, il Foro Ecclesiastico che ne venga investito, e
» che, trovate sufficienti le addotte prove dell' adulterio ,
» inducasi ad autorizzare la invocata separazione, procede anche ad infliggere al
» coniuge adultero le corri-

» spondenti pene canoniche. »
 » Considerando altronde
 » che l'adulterio riguardato,
 » non come causa di separa-
 » zione tra i coniugi, ma sì
 » come quell' azione crimi-
 » nosa che turba in eminente
 » grado l'ordine delle fami-
 » glie, e con esso l'ordine pub-
 » blico della società, è contem-
 » plato e punito presso tutti i
 » popoli civilizzati, non e-
 » sclusa la nostra Toscana,
 » dalle leggi penali dello Sta-
 » to. E se in questo aspetto
 » di delitto comune, ed ai pu-
 » ri e nudi effetti coercitivi,
 » coloro che se ne resero col-
 » pevoli vogliansi da chi ne
 » abbia l'azione giudicial-
 » mente perseguitare, la re-
 » lativa causa entra senza il
 » menomo dubbio nelle ordi-
 » narie competenze dei Tri-
 » bunali secolari. . . »

» Considerando conseguen-
 » temente che se nella specie
 » del caso *X* si fosse tosto e
 » fino da principio determi-
 » nato ad esercitare contro
 » la propria moglie, e contro
 » i supposti di lei correi quel-
 » l'azione criminale per de-
 » litto di adulterio che le ve-
 » glianti leggi gli concedeva-

» no, ed avesse adito a tal uo-
 » po per i puri e soli effetti pe-
 » nali il competente Tribuna-
 » le, salvo il provvedersi di
 » poi, ove e come di ragione,
 » per la provvisoria e defini-
 » tiva separazione personale,
 » niun dubbio che il Tribu-
 » nale medesimo sarebbe ri-
 » masto legalmente investito
 » di piena ed assoluta giuri-
 » sdizione nella causa deferi-
 » tagli, e liberamente, e sen-
 » za rischio di valido ostaco-
 » lo per parte di chicchessia,
 » si avrebbe potuto condurla
 » al suo compimento. »

» Considerando però che *X*,
 » cui per la indole privata
 » dell'azione riservatagli e-
 » ra data libera scelta d'in-
 » vocare o no contro la pro-
 » pria moglie ed i supposti di
 » lei complici la severa giu-
 » stizia dei Tribunali Crimi-
 » nali, aveva creduto più sa-
 » vio consiglio di astenersene,
 » e apprendersi invece, sicco-
 » me si era appreso, al più
 » mite temperamento d'invo-
 » care dalla potestà Eccle-
 » siastica la personal separa-
 » zione, ed insieme a carico
 » della moglie da lui creduta
 » infedele, la coercizione ca-

» nonica della reclusione in
» quel monastero in cui già
» volontariamente erasi riti-
» rata . »

» Considerando che questo
» di lui passo , intieramente
» volontario e spontaneo, che,
» susseguito per lunga serie
» di atti dalla più solenne e
» civile contestazione, aveva
» certamente radicata per u-
» nanime consentimento delle
» parti nel Tribunale Eccle-
» siastico la giurisdizione sul-
» la causa in tutta quella pie-
» nezza ancor di effetti coer-
» citivi cui avesser potuto
» giungere le sue competenze,
» questo di lui passo, diceva-
» si, con tutta giustizia, e sen-
» za violazione di veruna leg-
» ge, non ostanti gli opportu-
» ni riservi da cui era stato
» accompagnato, aveva potu-
» to essere ed era di fatto sta-
» to appreso dal Tribunale
» giudicante col decreto or
» deferito alla Corte Supre-
» ma, come una tacita mani-
» festazione d' animo per
» parte dello stesso X di ri-
» mettere e condonare in mo-
» do assoluto ed irretrattabi-
» le ai supposti colpevoli la
» più grave pena sancita dal-

» le leggi dello Stato, in vista
» di quel più mite riparo che
» fosse stato per derivargli
» dallo sviluppo di quell'azio-
» ne, che egli aveva di prese-
» renza prescelta e spiegata
» dinanzi al Tribunale Ec-
» clesiastico . Nè al concetto
» dell' assoluta condonazione
» virtualmente racchiuso nel-
» la parte motiva del mento-
» vato decreto ostavano le
» parole — *NELL' ATTUALE*
» *STATO DELLE COSE* —, state
» poste a principio della par-
» te dispositiva , quasi che il
» rigetto della querela di X
» avesse voluto intendersi li-
» mitata *ALLO STATO DEGLI*
» *ATTI*; imperocchè, a conci-
» liare le due parti del giu-
» dicato in apparenza discor-
» danti, era d'uopo ritenere,
» che le parole antedette non
» altro star dovessero a de-
» notare se non se , che con-
» dotte ormai le cose per da-
» to e fatto di X nello stato
» in cui trovavansi , non fos-
» se altrimenti da accoglier-
» si la di lui querela ; alla
» quale intelligenza ottima-
» mente prestavasi il decreto
» stesso , allorchè scendeva a
» dichiarare in tuono assolu-

» to, e qual necessaria conse-
 » guenza della fatta premes-
 » sa, non esser altrimenti
 » luogo ad ulterior procedi-
 » mento. »

» Considerando che un ta-
 » le giudizio sostanzialmente
 » intenzionale, poichè desun-
 » to in modo preciso dalla
 » presunta intenzione di X,

» oltre ad essere avvalorato
 » dai noti canoni di ragione,
 » e circa alla prevenzione del
 » fôro liberamente e compe-
 » tentemente da esso adito, era
 » superiore ad ogni efficace
 » censura in via di cassazio-
 » ne ;

» Rigetta ec. »

ART. 94. — Il corso della prescrizione dell' azione penale cessa dalla pronunzia della condanna , o in contraddittorio , o in contumacia , ancorchè la sentenza, per qualsivoglia rimedio giuridico, rimanga inefficace .

Osservazioni sull' articolo.

Il precedente art. 92 ha determinato il punto di partenza, ossia il giorno nel quale comincia a decorrere la prescrizione; quello che abbiamo in esame ci dice, quando il corso della prescrizione cessa .

Abbiamo dimostrato (vol. II pag. 560) come presso i Romani, presentato dall' accusatore il libello, la causa doveva essere risolta e decisa entro l'anno, se il presunto reo era in carcere , entro i due se era in libertà . Abbiamo aggiunto come a parere di più scrittori, e di alcune moderne legislazioni, ogni atto della procedura interrompe la prescrizione, sicchè non dal dì del commesso delitto, ma dall' ultimo atto di procedimento, la prescrizione stessa deve partirsi ed incominciare, e come per le leggi patrie, e per le costanti con-

suetudini giudiziali , incominciato il corso della prescrizione dal giorno del commesso o tentato delitto, e nei delitti continuati dal giorno dell' ultimo fatto criminoso , fosse stato o no compilato processo, la prescrizione non si interrompeva che per la sentenza definitiva .

Il Codice nostro in questo articolo ha pienamente adottato quanto il precedente gius stabiliva, nè poteva fare altrimenti, dappoichè, se quella regola era giusta ed equa di fronte al sistema inquisitorio sotto il cui impero venne fissata, diveniva una necessità sotto il regime accusatorio introdotto dal Motuproprio del 2 Agosto 1838 , ed attualmente vigente , nel quale gli atti che costituiscono la procedura non hanno altro in mira, che di preparare il pubblico giudizio , ove soltanto si deducono, si discutono, e si apprezzano i mezzi di prova rac-

colti contro il prevenuto .

La sentenza condannatoria dunque fa cessare il corso della prescrizione , a condizione espressa per altro , che essa sia stata proferita quando questa era in corso, non già quando era compita, mentre in quest'ultimo caso la sentenza medesima sarebbe radicalmente nulla . E ben dice la legge quando nel parlare di sentenza designa quella che condanna ad una pena qualunque , mentre le sentenze assolutorie, o contraddittorie o contumaciali, producono l'effetto della estinzione della lite, non per riguardo alla prescrizione , ma bensì alla cosa giudicata, che, come osservammo commentando l' art. 87 (vol. II pag. 322), inibisce di più ritornare su quel fatto per quel trito ditterio legale *non bis in idem* .

Ora le sentenze condannatorie possono essere contraddittorie e contumaciali ; questo articolo le contempla ambedue .

Avanti l'attuazione del Codice vegliava presso di noi il disposto agli art. 40. 41. 42. 43. 44. e 98. della legge del 30 Novembre 1786 , i quali indicavano gli effetti giuridici che produ-

cevano le sentenze contumaciali, e fra questi eravi quello riprodotto dall'artic.º che esaminiamo, di interrompere cioè la prescrizione dell'azione penale.

D' uopo è per altro osservare, che l'articolo in esame nel parlare di sentenza condannatoria proferita in contumacia , deve essersi riferito, non solo a quelle sentenze che son pronunziate nella contumacia alla procedura, di cui tengono proposito le DD. ed II. del 9 Novembre 1838 agli art. 508. 509. 510. 511. 512. , ma anche a quelle che sono pronunziate nella contumacia al giudizio , delle quali le stesse DD. ed II. parlano agli art. 513 e seguenti . Per altro queste ultime si equiparano alle contraddittorie se non nasce opposizione per parte del condannato , e se nel giudizio di opposizione vengono confermate .

Per quali ragioni la legge all' effetto di interrompere la prescrizione equipara la sentenza condannatoria resa in contraddittorio alla contumacia ?

Non vi ha d' uopo di molto sforzo d' ingegno a rintracciare tale ragione, bastando il ri-

andare i motivi cui la prescrizione si appoggia . Or questi motivi, dei quali abbiamo dato conto, a compendiarli in poche parole , si sostanziano negli ostacoli e nelle difficoltà che frappone il tempo alla constatazione dei fatti relativi al delitto, sia ad offesa come a difesa, di chi ne è stato l'autore , e dalla inazione nella quale in tutto quel tempo che era assegnato ad agire si sono mantenuti coloro, cui spettava di promuovere e sostenere l'azione penale . La legge non si è contentata di imporre a essi l'obbligo del procedimento, ma ha voluto che, in quel modo che potevasi contro un accusato dirigere, sia portato o condotto fino alla sentenza . E se sentenza intervenne, se questa ha riconosciuto reo l'assente , ciò prova che non solo l'accusatore al suo debito ha soddisfatto , ma anche che prove sufficienti eransi cumulate per condurre alla condanna . Con ciò mancava ogni elemento per far continuare il corso della prescrizione , e perchè prima che questa si compisse erasi agito, e perchè lo scopo del procedimento era raggiunto mediante

la condanna. Non rimaneva nel caso che la continuazione della contumacia, ma questa non poteva privare la società del diritto di punire , e solo bastava che al contumace si lasciasse intatto al suo comparire il diritto di difendersi . Infatti le suddivisate leggi al comparire del reo annullavano, salve poche e lievi eccezioni , la sentenza condannatoria contumaciale, ordinavano un nuovo procedimento, e, dalla prescrizione in fuori, ponevano il presunto reo nella stessa condizione in cui sarebbesi trovato precedentemente alla sua contumacia .

Resta adesso, per dar compimento alle nostre osservazioni sull'articolo in esame, a parlare della parte finale dell'articolo medesimo, che contiene una dichiarazione importantissima affatto nuova, e di fronte alle massime della scienza , e di fronte alle nostre giudiziali consuetudini .

Dice la legge , che il corso della prescrizione dell'azione penale cessa, ancorchè la sentenza condannatoria, o proferita in contraddittorio o in contumacia , rimanga inefficace per

qualsivoglia rimedio giuridico.

Esaminiamo in proposito ciò che insegnano gli scrittori i più accreditati, e ciò che la giurisprudenza aveva stabilito.

Avanti per altro di assumere un tale esame, spieghiamo il vero significato delle parole del legislatore » *pronunzia della condanna o in contraddittorio o in contumacia*.

Con tali parole sembra il legislatore non avere inteso parlare di quelle sentenze che sono passate in cosa giudicata, e che non sono perciò passibili di alcun rimedio straordinario o ordinario; le successive parole per qualsivoglia rimedio giuridico designano intuitivamente, che ha parlato delle sentenze condannatorie o appellabili o denunziabili in Cassazione, se contro reo presente, o aventi il rimedio della opposizione, o soggette a nuovo giudizio integrale, se contro reo contumace.

Ciò premesso, parliamo delle sentenze contraddittorie, per scendere quindi a tener proposito delle contumaciali.

Dalle vigenti leggi organiche abbiamo non esser permesso l'appello di sentenze criminali, eccettuate quelle proferite

dai Pretori portanti pena di carcere o multa eccedente fra la pena e la indennità la somma di lire trenta. (*Regolamento di Istruzione Criminale del 22 Novembre 1849 art. 123*) Contro le altre non si dà che il rimedio straordinario del ricorso in Cassazione. (*Motuproprio del 2 Agosto 1838 art. 227 e 497*).

Ora facciamo il caso di una sentenza di Pretore appellata al Tribunale di prima istanza per nullità. Il Tribunale di appello per il disposto all' art. 154 e 155 di detto Regolamento, dichiarata la nullità o per incompetenza o per eccesso di potere, o per violazione di forme, annulla la sentenza appellata, e rinvia la causa al Pretore viciniore giudice competente.

Nel tempo intermedio fra la prima sentenza e l'altra del giudice di rinvio, si consuma il termine dalla legge fissato per la prescrizione a quel delitto del quale trattavasi. In questo caso il secondo giudice, e anche il Tribunale di appello, qualora, dichiarata la nullità conoscesse che il lasso del tempo destinato a prescrivere fos-

se decorso, potranno sulla richiesta delle parti, e anche d'ufficio dichiarare consumata la prescrizione?

Formiamo adesso un'altra ipotesi. Contro la sentenza criminale inappellabile è stato tempestivamente presentato ricorso in Cassazione. La Corte Suprema cassa ed annulla la sentenza deferita; se, dopo aver pronunciato l'annullamento della sentenza, rileva che durante il tempo decorso dal giorno in cui fu proferita la sentenza cassata a quello in cui essa decide, si è verificata la prescrizione, sarà essa abilitata a dichiarare l'estinzione dell'azione penale, e così a risparmiare un nuovo giudizio ordinario? Oppure, se rinviata la causa ad altro Tribunale prima che sia discussa e decisa, la prescrizione si compie, potrà questo Tribunale pronunziarla?

Se si consultano tutti gli scrittori, vedremo che essi rispondono che la sentenza nulla deve considerarsi come non esistente, come assolutamente incapace di qualunque giuridico effetto. E tutti si fondano sul Diritto Romano, ed in spe-

cie sulle *leg. 1. 2. 3. 4. Cod. si non a compet. judic. = 7. Cod. quand. provocat. non est neces. = 2. Cod. si ex falso = 1. ff. de Sentent. sive appel.*, e sopra molte altre concordanti. Per tacere di altri, riporteremo qui ciò che in proposito ci insegna il dottissimo *Anton Mattheo De crimin. Tom. II. lib. XLVIII ff. Tit. 17 cap. 5*
 » *ivi » Sententia ita demum*
 » *mandatur executioni si non*
 » *aut ipso jure nulla, aut*
 » *provocationi fuerit sospen-*
 » *sa; ut ipso jure nulla sit,*
 » *multimodis contingit; nem-*
 » *pe si ab judice incompeten-*
 » *te, vel contra solitum judi-*
 » *ciorum ordinem, vel per*
 » *sordes et turpitudinem, vel*
 » *contra jus constitutum, non*
 » *jus litigatoris, vel ex falsis*
 » *allegationibus et testimoniis*
 » *lata sit. Et in universum*
 » *quibus modis contingit, ut*
 » *sententia in civili causa*
 » *dicta nullius momenti sit,*
 » *idem fere sententia de cri-*
 » *mine irrita est, ut nihil ne-*
 » *cesse sit, pluribus huic e-*
 » *numerationi immorari.* »

Dunque se la sentenza nulla per le regole enunciate *nullum producit effectum*, non potrà

produrre quello di far cessare la prescrizione; che anzi, considerata come inesistente, il corso libero della prescrizione stessa continuerà, fino a che un'altra sentenza valida ed in tempo debito pronunziata, non l'abbia interrotta. E se prima che quest'ultima abbia vita, la prescrizione si è verificata, il giudice dovrà, sia d'ufficio, sia a richiesta delle parti ammetterla. Tali teorie dal diritto universale consentite, sono state sempre dal nostro gius penale costantemente osservate, tanto dagli antichi Tribunali Toscani che dai moderni, come può vedersi in varie Decisioni della Corte di Cassazione. (*Annali di Giurisprud.* Anno XIII p. 1. c. 49. Anno XIV p. 1 col. 328) A ciò aggiungeremo l'autorità del diritto e giurisprudenza Francese di che a lungo parla il *Cousturier op. cit.* 4 n. 41 e seg. ec. Questo autore, dopo aver posto in principio, che non tutte le sentenze condennatorie interrompono la prescrizione, e la fanno cessare, ma solamente quelle che sono passate in cosa giudicata, scende a dire che quelle dal Tribunale d'Appello e dalla Corte

Suprema annullate, rimangono prive di qualunque effetto, anche di quello d'interrompere la prescrizione, perchè la sentenza nulla si considera come non avvenuta, come priva di qualunque giuridica sussistenza, e l'attribuire ad essa un effetto qualunque, è cosa contraria ai principii i più elementari di diritto, perchè *ex nihilo nihil*. Il *Carnot Code d'Instruct. Crimin.* art. 615, il *Mangin all' art.* 640 del Codice stesso sono andati nella stessa opinione, sebbene abbiano creduto per motivi speciali, dallo stesso *Cousturier* combattuti, essere i principii suddetti applicabili alle sentenze dei Tribunali correzionali e di alto criminale, e non a quelle di semplice polizia.

Concludendo adunque diremo relativamente alle sentenze contraddittorie, che il nostro codice nel concedere ai giudicati nulli l'attitudine a interrompere la prescrizione, ha adottata una massima, che sta in opposizione con i principii generali della scienza: abbiamo invano cercata nella tante volte citata *Teorica del codice penale* la ragione che ha mosso

il Legislatore a deviare dagli accennati principj : e a tal silenzio la nostra tenuità non ha saputo supplire .

Passiamo alle sentenze contumaciali .

Il nostro procedimento nelle cause contumaciali si diparte dal disposto agli art. 114 e 115 della legge del 50 Novembre 1786, dalla circolare del Presidente del Tribunale di Giustizia del 29 Dicembre 1786 , e dalle DD. ed II. del 9 Novembre 1858 art. 508 e seg.

Se, proferita la sentenza contumaciale, il reo assente si presenta , e deduce la incompetenza del giudice , o la nullità degli atti che la debbono necessariamente precedere , e questa nullità è pronunziata , dovrà ritenersi che la sentenza nulla, perchè proferita da giudice incompetente , o basata sopra atti nulli, potrà aver prodotto l' effetto di interromper la prescrizione ?

A questa domanda replicano in teoria generale argomenti differenti da quelli con i quali si risolve la prima questione . Ben diverso è il caso del reo presente da quello del reo contumace, e la legge non può nè

deve riguardarli ambedue sotto il medesimo aspetto . È infatti indubitato che, sotto tutte le legislazioni, misure rigorose sono state adottate contro i contumaci nel doppio scopo di costringerli a sottomettersi all' azione della giustizia , e di impedire che abbiano nella loro disobbedienza alla legge il mezzo di migliorare la loro posizione. La legge vuole, prima che il contumace sia innesso in giudizio , che siagli inviata la triplice citazione a distanza non breve l' una dall' altra , nella quale gli vengano esposte le conseguenze cui va incontro, se si ostina nella sua assenza . Quando dunque egli non comparisca , e la sentenza di condanna sia contro di lui pronunziata , non è a lui permesso , comparendo , di annientare il principale, e quasi diremmo il solo fra gli effetti giuridici che essa produce, la cessazione della prescrizione, solo perchè la sentenza suddetta fosse basata sopra atti nulli, o proferita da giudice incompetente , o mancasse delle forme volute dalla legge ; tutto potrà dedurre a sua difesa, fuorchè questo mezzo: la legge ha contro di lui di-

chiarato che l'azione penale è imprescrittibile, fino a che la sentenza contumaciale condennatoria esiste.

Ma se le massime suddivise procedono di fronte al diritto comune, hanno però una limitazione in rapporto alla nullità della triplice citazione di cui parlano la legge del 1786 e la circolare suddetta; l'art. 414 della detta legge vuole, che qualora nullità sia incorsa nelle dette citazioni in cause che portano alla pena de' pubblici lavori, la prescrizione decennale si converta nella vicennale determinata dalle leggi Romane; disposizione che lascia, mentre è eccezionale nei gravi delitti, saldi i principii già esposti nei più lievi.

Ora il Codice nostro con quelle sue generali espressioni, *ancorchè la sentenza per qualsivoglia rimedio giuridico rimanga inefficace*, ha abrogato l'art. 414 della legge del 1786, ed ha tolto così ogni diritto a prescrivere l'azione penale al condannato in contumacia, che provi, o essere stata omessa la triplice citazione, o che non è stata eseguita con le forme comandate: ed allora perchè la

legge ordina questa triplice citazione come forma sostanziale dei giudizj contumaciali, se poi, questa forma non osservata, il contumace deve perdere ogni beneficio che dalla lei inosservanza doveva nascere? L'accordare ai due casi le medesime giuridiche sequelle, necessariamente conduce a rendere vana ed inutile la preindicata forma: meglio era dunque che la legge sopprimesse la citazione che sopra, quando l'ometterla, o il non eseguirla come essa comanda, produr deve il medesimo effetto.

Anche su questa innovazione al gius esistente la *Teorica del codice penale* tace.

Tale è la soluzione delle proposte questioni, di fronte al diritto comune, al diritto patrio, ed alla pratica costante di giudicare de' nostri Tribunali, e di fronte al Codice penale. L'articolo in esame, come abbiamo già rilevato, introduce in gran parte teorie nuove per la scienza penale, e nel resto ad essa si uniforma. Innuovola dove dà alle sentenze condennatorie proferite in contraddittorio dell'accusato effetto di troncane il corso della prescri-

zione , ancorchè le sentenze stesse per qualsivoglia rimedio giuridico rimangano inefficaci; il che sembra voler dire che la sentenza contraddittoria annullata dal Tribunale di appello o dalla Corte Suprema , perchè proferita da un giudice incompetente , o basata sopra atti nulli , o violatrice delle forme volute dalla legge , rimane ciò non pertanto valida , tosto che conserva l'effetto di interrom-

pere la prescrizione .

Si uniforma in parte alle accennate massime, in quanto si riferisce alle sentenze contumaciali, ma se ne allontana con l'abrogare il disposto dell'art. 414 della legge del 30 Novembre 1786, qualora fossero state omesse, o fosse incorsa nullità nelle citazioni dirette al contumace, mentre sarebbe a lui tolto il raddoppio di tempo destinato a prescrivere.

ART. 95. — Contro le condanne non si dà prescrizione :

Osservazioni sull' articolo.

Nei precedenti articoli la legge ha tenuto proposito della prescrizione dell' azione penale. In questo laconicamente recide ogni questione sulla prescrizione delle condanne , vietando questo rimedio contro le sentenze condannatorie, tanto proferite in contraddittorio, quanto in contumacia , rimedio che ai termini della scienza chiamasi prescrizione della pena .

Le leggi Romane tacciono su questo rimedio , ed i commentatori perciò non ne fanno parola . Le nostre leggi ed il gius penale nostro non l'hanno giammai ammesso . Da ciò logicamente e giuridicamente non sarebbe luogo a concludere, che dovesse esser denegato , mentre se la equità, se non la giustizia , senza danno sociale lo raccomandasse , dovrebbe essere accolto.

Infatti il codice di procedura criminale francese (art. 635

e 636) ammette la prescrizione delle pene nelle cause di alto criminale entro 20 anni dal giorno della pronunciata condanna , e nelle cause correzionali entro cinque anni calcolabili come sopra : ed il Codice Napoletano (art. 613) sebbene la nieghi rapporto alle condanne alla pena capitale e perpetua, l' accorda nei misfatti entro venti anni, nei delitti entro cinque anni computabili dal dì della condanna : ed il Codice Sardo (art. 143. 144. 145. 146.) si uniforma al Napoletano nelle pene capitali o quasi per delitti contro la sicurezza dello Stato, o contro la Religione, diminuendo per altro la pena di uno o due gradi negli altri delitti, quando i condannati cadessero nelle mani della giustizia venti anni dopo il commesso delitto : contro le pronunzie a pene minori, ma di alto criminale, l'ammette entro venti anni dal dì della pronunciata sentenza : a favore dei condannati a pene correzionali, segna

la prescrizione entro i dieci anni : nelle pene di semplice polizia a due anni .

L' egregio autore della *Teorica del Codice Penale* a pag. 119, che ha trovato in una lettera di Plinio il giovane a Trajano un' argomento per escludere la prescrizione della pena, conviene che molti scrittori , ed alcuni codici moderni hanno raccomandata, e rispettivamente ammessa la prescrizione medesima , sul riflesso che il subire la punizione dopo molti anni che fu decretata , è cosa molto più grave che il soffrirla subito dopo che fu pronunciata, e che quando la memoria del maleficio è spenta , la punizione del reo fatto vecchio fra le angosce dell' esilio, e l' ansietà della fuga, eccita a prò di lui la pubblica compassione, ed un'accusa di crudeltà contro la legge. Egli, non persuaso di queste ragioni, le confuta richiamando ad esame principalmente quelle che hanno spinto la legge ad ammettere la prescrizione dell' *azione penale* , il pericolo cioè della condanna dell' innocente, perchè il tempo ha consumato i mezzi di difesa . Ma niuno fra

quei che difendono la prescrizione delle *pene* appoggia la sua tesi ai motivi che autorizzano la prescrizione dell' azione penale. A difendere la prima si recano delle ragioni speciali che si desumono dal lasso di tempo che ha distrutto la memoria del delitto , alle agitazioni alle quali è stata sottoposta la vita del delinquente, ai tormenti provenienti da una vita incerta e precaria , e alla compassione infine che nelle popolazioni porterebbe la punizione che affliggesse i bianchi capelli dell'uomo, che ha violata la legge nella sua prima gioventù .

Ed infatti, tanto gli scrittori suddetti, quanto le moderne legislazioni penali che alle loro dottrine hanno annuito, nel determinare il lasso del tempo atto a compire la prescrizione delle pene, l' hanno raddoppiato nelle pene maggiori, sicchè in un delitto nel quale la prescrizione dell' azione penale vien determinata in dieci anni, per dar luogo alla prescrizione della pena, se ne esigono venti dal dì della pronunciata sentenza . E questo fatto dal lodato autore non rammentato è

una nuova prova, che l'una e l'altra prescrizione si regola su principj diversi. Si possono in proposito consultare il Cousturier (*loc. cit. chap. XIV num. 134*) ed i Codici d'Istruzione criminale Francese e Sardo sopra riportati.

Ora, considerate in se stesse le ragioni che si allegano a sostegno della prescrizione della pena, e la esclusione di ogni danno politico di fronte al lungo tempo che viene destinato per ottenerla, decorso il quale si esumerebbe la memoria di un delitto già dimenticato, e la pena mancherebbe del suo scopo, noi ben lungi dal ravvisarle di un *lievissimo peso*, le crediamo basate sulla ragione politica e sulla equità.

Ma qualora la sopra esposta dottrina si volesse rigettare per rapporto alle sentenze condannatorie proferite in contraddittorio del reo, ed aventi l'autorità della cosa giudicata, sicchè per il rispetto che ad essa devesi, il loro impero durar dovesse fino all'ultimo soffio della vita del condannato, noi domanderemmo, se nel caso di sentenza condannatoria contumaciale si potrebbe procedere

con eguale rigore? Tali sentenze sono ben lontane dallo avere i giuridici caratteri della cosa giudicata, mentre al solo comparire del reo cadono, e deve istituirsi nuovo processo, nuovo giudizio, e pronunziarsi nuova sentenza; e il solo effetto che producono è quello di arrestare la prescrizione dell'azione penale; ma, questo ottenuto, se dopo la sentenza corrono anni ed anni, e come vogliono i sopra rammentati Codici un ventennio, o un decennio, computabile dal dì in cui la sentenza stessa fu proferita, e dopo questo lungo periodo di tempo il contumace si fa presente, su quali elementi si fabbricherà il nuovo processo, il nuovo giudizio, si baserà la nuova condanna? quale interesse avrà la società nel riprodurre alla faccia del pubblico un dramma affatto obliato, e nel tentare di sottoporre a condanna un uomo che ha già un piede nel sepolcro? La necessità della prescrizione della pena sorge quì come medela necessaria a prevenire o un giudizio inutile, o una pena incapace a raggiungere lo scopo a cui è destinata.

Tutto ciò premesso nel solo desiderio di giustificare le moderne legislazioni da una censura, a parer nostro, immeritata, osserveremo, che l'articolo sopra trascritto dichiara, che contro le sentenze condennatorie sieno contraddittorie, sieno contumaciali non si dà prescrizione; il che vuol dire

che il reo quanto alle prime, fino a che vive deve sottostare alle medesime, e quanto alle seconde del pari, fino a che dura la di lui vita gravitano sopra di lui, potendo esso con la comparsa in giudizio, in qualunque tempo difendersi, ma giammai allegare il rimedio della prescrizione della pena.

Degli altri modi estintivi dell' azione penale, dalla scienza ammessi e dal Codice non rammentati in questo titolo .

Adepiamo alla promessa che abbiamo fatta a pag. 343 sul finire delle nostre osservazioni generali sulla rubrica del titolo presente , tenendo proposito di quei modi di estinzione dell' azione penale, che appartengono alla terza specie, dei quali il Codice nostro non ha fatta menzione . Sono questi, come abbiamo già premesso , la *transazione* , la *novazione* , la *compensazione*, e la *dissimulazione* .

I primi due fra i notati modi ricorrevano nei delitti di *truffa* , di *stellionato* , di *espiata eredità* e di *fraudata amministrazione* ; la *truffa* e lo *stellionato* erano sotto le nostre leggi vigenti avanti il Codice di azione *semipubblica* ; gli altri due delitti di azione *privata* .

La *transazione* e la *novazione* erano considerate dai nostri pratici come equivalenti alla quietanza: e con ragione, per-

chè il leso che avanti di dare la querela, mediante contratto, aveva col delinquente transatto sulla ingiuria e sul danno patiti , doveva ritenersi come se avesse tacitamente e per implicito necessario rinunziato al diritto di querelare . E nello stesso modo , se senza transigere avesse liquidato con il delinquente lo ammontare della propria indennità , e ne avesse da lui ricevuto una obbligazione, avente un titolo diverso da quello da cui la indennità stessa proveniva, ritenevasi che mediante la stipulata novazione avesse rimesso l' antico debito , contentandosi dell' azione puramente civile nascente dal nuovo contratto .

Questa doppia finzione di legge, nasceva anche dal riflesso, che dando le nostre giudiziali osservanze al leso da tutti i sopra notati delitti la facoltà d' intentare l' azione penale, e la scelta fra questa e l' azione

civile, l' avere il leso transatto o novato, equivaleva all' aver esso tacitamente renunziato all' azione criminale. (*Vedi Repertorio Catellacci verbo truffa e stellionato, e Cerretelli ibid. n.º 4. 6. 18. 20. 31.*)

Per altro la regola che sopra soffriva in pratica una modificazione, allorquando il transigente, o colui che aveva consentito a novare, si era riservato espressamente l' esercizio dell' azion penale, se il debitore avesse mancato di osservare il contratto nei termini e con i patti convenuti. In caso di osservanza del contratto la transazione e la novazione estinguevano l' azione penale, nel caso diverso ne sospendevano l' esercizio senza perimerla. (*Vedi Repertorio Cerretelli verb. stellionato n.º 8.*)

Inutile è il dire che quanto alla *espilata eredità* e alla *fraudata amministrazione* la quietanza del leso valeva anche a querela presentata, fino alla pronunzia della sentenza esclusive, lo che non ricorreva negli altri due delitti, perchè di azione semipubblica.

La *compensazione* era mezzo estintivo dell' azione penale

nei delitti di offese semplici e di ingiurie, ambedue di privata azione. Questo mezzo era tolto dalle leggi Romane ed in specie dalla *leg. 39 ff. solut. matrim.* — 14 § *si libertus ff. de bon. libert.* — 35 *ff. de procurat.* — Esso è raccomandato dal dotto Anton Mattheo *op. cit. tit. IV n.º 9.*, dal Carpzovio *quaest. 97 n.º 149*, dal Carmignani *loc. cit. § 952*. Il nostro Gius penale lo aveva adottato come può riscontrarsi nel *Repertorio Cerretelli verbo ingiurie n.º 15. 14. 25. e verbo offese n.º 3. 8. 13*. Anche la Corte Suprema lo ha riconosciuto come legale nelle sue decisioni inserite negli *Annali di Giurisprudenza tom. II p. 1 col. 340 e 620 tomo III p. 1 col. 693 e tom. V p. 1 col. 68.*

La *compensazione* per altro unicamente ammettevasi, quando le offese o le ingiurie *hic inde* proferite o prodotte, erano leggieri, e rispettivamente semplici, del medesimo genere e della medesima importanza, e nascevano da dolo d' impeto non da proposito. I Tribunali allora assolvevano, condannando per altro le parti solidalmente nelle spese della

procedura e del giudizio.

Finalmente la *dissimulazione* era altro mezzo estintivo dell' azione penale, efficace solo per le ingiurie semplici, sebbene il lodato Anton Mattheo (*loc. cit.* n.º 14) la volesse estesa anche alle offese leggere. Parlano di essa la *leg. 31 cod. de lib. caus. e le Istit. tit. de iniur. § ult.*, e il Carmignani *loc. cit.*

Avviene la *dissimulazione* allorquando l' ingiuriato non curata o dimenticata l' ingiuria ricevuta, continua a tenere con l' ingiuriante lo stesso contegno che con lui precedentemente praticava, dimostrando pubblicamente di conservare verso di esso i medesimi rapporti di amicizia e di intimità che a lui lo legavano. Se dopo un tale contegno, e senza nuova causa, pretendesse provocare l' azione penale delle ingiurie, non deve essere ascoltato, avendole egli stesso col proprio fatto obliate. La nostra giurisprudenza aveva adottato questo mezzo estintivo dell' azione penale.

Ora spontanea s' offre la domanda, se il Codice penale col suo silenzio abbia aboliti que-

sti quattro mezzi da noi accennati. La questione si è recentemente presentata alla Corte Suprema in rapporto alla compensazione. Noi crediamo che sebbene la decisione che essa proferì, si riferisca a questo solo mezzo, possa però essere applicabile anche agli altri, purchè per altro cadano su delitti di azione privata, mentre le teorie da cui la Corte Regolatrice si è partita, sono dirette a conservare la preziosa nostra Giurisprudenza antica in quella parte in cui la legge nuova non l' ha abrogata; infatti noi riscontriamo nella decisione di detta Corte del 14 Luglio 1855 che la compensazione non può ammettersi nelle lesioni personali, perchè rilasciate dal codice alla pubblica azione.

Ecco pertanto il tenore della sentenza la prima citata che è del 24 Febbraio 1855. « ivi » *Considerando che gli intimati al se- guito di rispettiva querela esibita alla Pretura di Poppi per titolo d' ingiurie verbali, vennero per sentenza de' 24 Novembre 1854 dichiarati colpevoli, in diverso nato fra loro, di sempli-*

» ci ingiurie della stessa indole e natura . »

» Considerando che previa la referita dichiarazione di fatto, trattandosi di delitto così detto di azione privata, ed anche in oggi per l' articolo 370 del Codice Penale da non perseguirsi se non se dietro doglianza di parti lese, il giudicante prese a dichiarare farsi luogo a COMPENSAZIONE, quale appunto in tema di contumelie verbali semplici era suggerito dalla teorica attinta dal responso di Marciano in leg. 36 ff. de dolo malo — SI DUO DOLO MALO FECERINT INVICEM DE DOLO MALO NON AGENT; teorica assistita e inculcata da equità naturale per cui, così il decreto pretoriale di Poppi, MALE SI CHIEDE REPARAZIONE DI PRIVATA INGIURIA, DA CHI NELLO STESSO TEMPO UGUALE INGIURIA ABBIATO FATTO . »

» Considerando che il ff. di Pubblico Ministero presso la pretura antedetta credè di suo ufficio di ricorrere da quella pronuncia, e di denunziarla siccome viola-

» trice dell' articolo 4 del R. Editto del 20 Giugno 1855, dove promulgandosi il Codice dice, si abrogavano per regola tutte le precedenti leggi ed osservanze giudiziali in materia penale .

» Considerando che contro l' accoglienza della compensazione per il concorso degli estremi incritichevolemente ammesse, non si ha nel recente Codice Penale disposizione che resista ad usare di quel temperamento equitativo, suggerito dal Diritto Comune, abbracciato dalla sentenza, e che trovavasi coerente allo spirito che informò la LEG. 39 ff. SOLUTO MATRIM. « ivi » EA LEGE QUAM AMBO CONTEMPSERUNT NEUTER VINDICETUR; PARIA ENIM DELICTA MUTUA PENSATIONE DISSOLVUNTUR, — e la LEG. 154 ff. § 1 DE REG. JUR. ILLI DEBET PERMITTI POENAM PETERE QUI IN IPSAM NON INCIDET . »

» Considerando che dal ricorso in oltre sarebbesi fatto incongruamente carico alla denunziata sentenza, di aver violato la formapre-

» scritta al n.º 5 dell' artico-
 » lo 498 e 532 delle DD. ed
 » II. de' 9 Novembre 1858 e
 » volutasi dall' art. 121 del-
 » la legge del 22 Novembre
 » 1849 , anche pei Tribunali
 » inferiori , obiettando che
 » mancasse di formula asso-
 » lutoria o condannatoria ,
 » stante che la sentenza stes-
 » sa, dichiarata la vicendevo-
 » le colpeabilità degli intimati
 » per l' ammessa compensa-
 » zione, esentato l'uno e l'al-
 » tro dalla penalità, sottopose
 » ambidue alle spese degli at-
 » ti e del giudizio da pagarsi
 » fra loro a perfetta metà; il
 » che involveva per implicita

» necessità condanna, e quella
 » alla quale soltanto nel caso
 » poteva farsi luogo . »

» Rigetta ec. »

Altre risoluzioni conformi
 alla già riportata potrebbero
 citarsi , ma ce ne asteniamo
 ben volentieri, mentre ciò non
 porterebbe che a una inutile
 ripetizione . Non possiamo per
 altro pretermettere di allegare
 l' altra decisione della detta
 Corte del 1.º Settembre 1855,
 che in coerenza dei principj
 sopra notati, ricusa la compen-
 sazione nelle ingiurie, quando
 non sono di uguale giuridico
 carattere, o quando risulta da
 una parte eccesso, dall'altra no-

250

APPENDICE

AL COMMENTO DEL LIBRO I. DEL CODICE PENALE



APPENDICE

A compimento del debito nostro sul primo libro del Codice Penale, di cui abbiamo ora esaurito il commento, crediamo necessario di dar conto ai nostri lettori ;

I. Di alcuni cambiamenti nella nostra legislazione penale avvenuti durante la pubblicazione del commento medesimo ;

II. Della giurisprudenza della Corte Suprema insorta sulle materie contenute nel libro primo, durante lo stesso periodo di tempo;

III. Di esporre il nostro parere su una grave questione che si riferisce alla esecuzione delle sentenze criminali ;

IV. Di tracciare un breve confronto fra il disposto nel primo libro del nostro Codice, e quello di un altro Codice Italiano di recente pubblicazione .

I.

Leggi penali Toscane promulgate nel tempo che il nostro commento era in corso di pubblicazione .

1. Nel nostro commento all' articolo 11 a pag. 89 del volume I esponevamo, quale e quanta difficoltà avevamo incontrata nello andare in cerca di leggi toscane che sottoponessero il paesano alla giurisdizione ed alla penalità militare, leggi che l'articolo suddetto ritiene come esistenti . Ci riuscì di trovarne tre non contenute nelle collezioni ufficiali e ci demmo cura di riportarle . Chiudevamo le nostre osservazioni con l' accennare i principii di comune diritto, sempre rispettati in Toscana, che vietano di sottoporre i non militari alla giurisdizione eccezionale militare .

Ora queste leggi sono state dopo la pubblicazione del Codice penale promulgate . La prima è datata del 25 Ottobre 1854 ; la seconda è compresa in alcune disposizioni del Codice Penale militare pubblicato il 9 Marzo 1856 , e da porsi in esecuzione il 1 Luglio di questo anno .

La prima delle indicate leggi parla unicamente di quei paesani colpevoli di istigazione, consiglio, o ajuto prestato alla diserzione di un militare ; sottopone questi paesani alla giurisdizione dei tribunali militari, anche indipendentemente dalla loro associazione con altri imputati militari, e minaccia ad essi pene *paganiche* o civili, cioè non militari .

Or siccome questa legge trovasi intieramente rifusa negli articoli 187, 188 e 190 del Codice penale militare , così noi ci risparmiemo di qui riportarla .

Passiamo dunque a tener proposito delle sanzioni contenute nel Codice medesimo, che hanno relazione con l' articolo 11 sopra rammentato .

Il Codice penale militare all' articolo 10 pone la regola generale conosciuta ed approvata da tutte le legislazioni , la quale è del seguente tenore « ivi »

ART. 10. — § 1. — I militari incolpati insieme con paesani dello stesso delitto o militare o comune , sono soggetti alla giurisdizione dei tribunali ordinarij , ognorachè non sia diversamente ordinato dal presente Codice .

§ 2. — Ma se l' invio al giudizio o l' accusa sono decretati contro i soli militari , o se per qualunque altro motivo i soli militari rimangono in causa , ne appartiene il giudizio ai tribunali militari .

Il successivo articolo stabilisce le eccezioni alla regola sopra enunciata. « ivi »

ART. 11. — § 1. — I tribunali militari conoscono anche rispetto ai paesani dei delitti onde questi siano incolpati insieme con militari

a) quando si tratti di delitti commessi nell' interno dei forti , caserme , corpi di guardia , uffizj , o altri luoghi esclusivamente militari, o nelle loro appartenenze;

b) quando si tratti di delitti commessi fuori dei menzionati luoghi , ma contro persone militari , o sopra oggetti appartenenti al servizio militare ;

c) quando la truppa muove al di là dei confini dello Stato ;

d) in tempo di guerra o di pubblica difesa ;

e) in tutti gli altri casi espressamente determinati del presente Codice.

§ 2. — Ma se l'invio al giudizio è decretato contro i soli paesani, o se per qualunque altro motivo i soli paesani rimangono in causa, ne appartiene il giudizio ai tribunali ordinarij.

Il successivo articolo 12 designa la giurisdizione nei casi di delitti commessi dal paesano prima di essere ascritto alla milizia. È desso del seguente tenore. « ivi »

ART. 12. — § 1. — Il giudizio dei delitti commessi prima dell'ascrizione alla milizia appartiene ai tribunali ordinarij.

§ 2. — Il giudizio dei delitti commessi durante l'ascrizione alla milizia appartiene ai tribunali militari, ancorchè debba aver luogo dopo la cessazione del servizio militare.

Nel secondo fra i riportati articoli nel quale il paesano è sottoposto alla giurisdizione militare, non si parla di penalità militare a di lui carico. L'articolo 19 del Codice medesimo dà le norme necessarie in proposito dell'applicazione delle pene. « ivi »

ART. 19. — I paesani sono soggetti alle disposizioni e alle pene stabilite dal Codice penale comune, ancorchè debbano essere giudicati dai tribunali militari; semprchè non ordini diversamente il presente Codice.

Abbiamo veduto dal testo dell'articolo 11, che questo, dopo aver indicate diverse eventualità nelle quali il paesano è sotto-

posto alla giurisdizione militare, alla lettera *e* ne accenna altre sparse nelle successive disposizioni del Codice medesimo. D' uopo è perciò che noi ci diamo cura di qui riportarle ad una ad una.

Il primo caso si vede previsto dall' articolo 71 § 4 che contiene le seguenti disposizioni. « ivi »

ART. 71. — § 4. — Soggiace alla disposizione contenuta sotto la lettera *i* del precedente § 1, ed è giudicabile dai tribunali militari anche il paesano, che in tempo di guerra, o di pubblica difesa serve di spia al nemico, od agevola l' esplorazione alle spie nemiche, introducendosi in fortezze, campi, o alloggiamenti, o in qualunque altro luogo militare.

Questo § sottopone il paesano alla giurisdizione, non alla penalità militare; affinchè si conosca a quali casi esso si riferisce trascriviamo quì il § 1 dello stesso articolo alla lettera *i*. « ivi »

ART. 71. — § 1. — È reo di tradimento . . .

i) ogni militare che in tempo di guerra o di difesa pubblica siasi reso autore od ausiliatore di spionaggio a favore dei nemici dello Stato, o dell' ordine pubblico.

Ed affinchè si sappia qual pena per gl' indicati fatti è minacciata al paesano riportiamo l' articolo 70 che punisce il tradimento. « ivi »

ART. 70. — Ogni militare reo di tradimento è punito colla morte preceduta dalla degradazione.

Peraltro occorre osservare, come la pena accessoria della degradazione, essendo militare, non si applica ai paesani.

Perchè non si ignori qual significato la legge militare assegna alle parole *tempo di difesa*, mentre ognun comprende quello che stanno ad indicare le altre *tempo di guerra*, crediamo opportuno di riportare l' articolo 7 § 1 lettera **b**. « ivi »

ART. 7. — § 1. — Per tutti gli effetti del presente Codice

b) è tempo di difesa quello che sia dichiarato tale da un Decreto Sovrano, od in cui la forza militare si trovi in necessità istantanea di agire contro i nemici interni, all' effetto di prevenire, dissipare, o reprimere sedizioni, sommosse, o tumulti popolari.

I nostri lettori vedranno in progresso del nostro commento, che non rimarrà inutile la già fatta trascrizione di questo brano della legge militare.

Il secondo caso si trova contemplato all' articolo 124 del Codice suddetto. « ivi »

ART. 124. — § 1. — Il paesano che ha partecipato al delitto militare di rivolta, rimane soggetto alla giurisdizione militare, ed è punito

a) con la morte, se fu capo, istigatore, o promotore, o vi cooperò; e

b) colla casa di forza da sette a venti anni se fu semplicemente ausiliatore;

§ 2. — Il disposto del § 4 dell' articolo precedente si applica anche ai paesani partecipanti alla rivolta, ai quali debba decretarsi la pena di morte.

Questo articolo, che sottopone il paesano alla giurisdizione militare, commina al medesimo pene civili e non militari. Le disposizioni che esso richiama in vigore nel secondo § sono le seguenti. « ivi »

ART. 123. — § 4. — Per tutti gli altri che abbiano in qualunque modo partecipato alla rivolta, o l'abbiano coadiuvata, si fa luogo al beneficio della sorte: e quei delinquenti che in virtù del medesimo rimangono sottratti a morte, subiscono la casa di forza per venti anni, quando non sia diversamente ordinato dal Granduca, sulla proposta del Ministro della Guerra in tempo di pace, e dal Comandante in capo, sulla mozione dei rispettivi Comandanti di corpo, in tempo di guerra, o di difesa pubblica.

Il terzo caso trovasi notato e descritto all'articolo 134 § 1 lettera *α* e § 2 di cui trascriviamo le disposizioni. « ivi »

ART. 134. — § 1. — Le violenze, le false indicazioni o altre frodi per ritardare o arrestare ordini o dispacci, o i latori di essi, quando non costituiscano delitto sottoposto a pena più grave, si puniscono

a) se commesse in tempo di guerra o di difesa pubblica, colla casa di forza da tre a dieci anni; e colla morte ove ne sia derivato grave danno alla truppa, o allo Stato

§ 2. — Le disposizioni contenute sotto lettera *α* del § precedente sono applicabili anche ai paesani, che debbono in questi casi esser giudicati dai tribunali militari.

Anche in questo caso il paesano è represso con pene civili .
Il quarto caso è indicato all' articolo 192. « ivi »

ART. 192. — Nei casi degli articoli **187. 188. e 190.** anche i non militari vanno soggetti alla giurisdizione del foro militare .

Le disposizioni accennate in questo articolo sono le seguenti .
« ivi »

ART. 187. — § 1. — Chiunque non militare ha istigato, consigliato, o ajutato un militare a disertare , è punito

a) ove abbia ciò fatto in tempo di pace, colla carcere da tre mesi ad un anno, se la diserzione non è stata effettuata; e da diciotto mesi a tre anni, se la diserzione è stata effettuata ;

b) ed ove l' abbia fatto in tempo di guerra o di difesa pubblica , con la morte mediante fucilazione , se l'istigazione, il consiglio, o l'ajuto si referiva alla diserzione al nemico, o in faccia al nemico; e con la carcere da quattro a sei anni negli altri casi .

§ 2. — Le pene rispettivamente minacciate sotto lettera *b* del § precedente debbono applicarsi ancorchè la diserzione non sia stata effettuata .

ART. 188. — Chiunque militare o paesano dà scientemente ricetto a un disertore, o in altro modo coopera a sottrarlo alle ricerche della pubblica forza , è punito colla carcere

a) da tre mesi ad un anno in tempo di pace ;

b) da diciotto mesi a cinque anni, in tempo di guerra o di difesa pubblica .

ART. 190. — § 1. — Chiunque ancorchè non militare scientemente riceve da un disertore per qualunque titolo armi, munizioni, cavalli, vestiario, o altri oggetti di equipaggio militare , subisce la carcere da tre mesi a tre anni, e più la destituzione se il colpevole sia Ufficiale; ed incorre oltre a ciò nella perdita degli articoli ricevuti, o loro giusto valore, a vantaggio dell' amministrazione militare .

§ 2. — Quando le cose di che nel § precedente abbiano marche o caratteristiche particolari, non è attesa la scusa del reperimento casuale, nè del possesso accidentale o momentaneo; salvo se il possessore gli abbia denunziati dentro ventiquattro ore all' autorità militare , amministrativa, o giudiziaria viciniore .

Nei casi previsti dagli articoli che sopra, si infliggono ai paesani, soggetti alla giurisdizione militare, pene civili .

Il quinto caso trovasi previsto nell' articolo 249 che è del seguente tenore . « ivi »

ART. 249. — Il tribunale che è competente a giudicare i duellatori giudica anche i secondi, qualunque sia la loro personale condizione .

E' qui pure vengono applicate al paesano le pene comuni, le quali vengono irrogate anche ai militari , come dispone il precedente articolo 248.

Il sesto ed ultimo caso trovasi compreso nell' articolo 268 § 2 così concepito . « ivi »

ART. 268. — § 2. — È soggetto alla giurisdizione militare anche il paesano, che in relazione a delitti commessi da militari si fa reo di ricettazione o di qualunque altra delle azioni contemplate dai precitati articoli 417. e 418. del Codice penale comune .

L'articolo sopra trascritto, riportandosi al codice penale comune, infligge al paesano sottoposto alla giurisdizione militare pene comuni .

Cumulati tutti i referiti casi previsti dai già referiti articoli del Codice Penale Militare 11, 71 § 4, 121, 134 § 1 lett. *a* e § 2, 187, 188, 190, 249, e 268 § 2, ed importanti sottoposizione al Tribunale Militare dei paesani , essi ascendono all' imponente numero di tredici; niuno per altro fra essi sottopone il paesano a pena militare .

Ciò posto, noi sempre ossequenti alla voce del legislatore, non possiamo dispensarci dall' osservare che, se le notate tredici eccezioni che sottraggono i paesani al loro fòro naturale, si limitassero alle sole ricorrenze di *guerra* o di *pubblica difesa*, procederebbero regolarmente, in quanto che in quelle due emergenze vi è bisogno di una giustizia quasi diremmo istantanea, ad ottenere la quale tutti i cittadini hanno interesse . Ma in tempo di pace a noi sembra non necessario un giudizio militare per i paesani , il cui fòro competente è quello comune, nel quale hanno unicamente fiducia: la giustizia militare appartiene ai militari, la pagana ai pagani . Noi confidiamo che la esperienza che ha mosso l' ottimo Principe ad operare nel Codice penale comune , le variazioni di cui in breve parleremo, lo indurrà a modificare, se non altro, le già referite disposizioni .

Del resto, noi che ci siamo impegnati a commentare il Codice penale comune, lasceremo ad altri di dare ulteriori schiarimenti

sugli articoli sopra riportati ; chi desiderasse maggiori notizie su di essi, potrà consultare la recente opera dell' egregio Sig. Avv.^o Paoli, Regio Procuratore al Tribunale di Firenze , intitolata *Nozioni elementari di Diritto Penale Militare* ; a noi basta aver fatto conoscere le disposizioni di detto Codice per la intelligenza dell' articolo 11 di quello che illustriamo .

2. Quando il nostro commento, che esaurisce il primo libro del Codice penale, era sotto il torchio, è sorta la legge del dì 8 Aprile 1856, la quale fra le altre disposizioni ne comprende due che si riferiscono al detto primo libro. Di esse dobbiamo occuparci ora; di quelle che appartengono al libro secondo terremo parola, quando la relativa materia alle medesime ci richiamerà , e al testo della legge abrogata sostituiremo allora quello della legge nuova, e su di questo soltanto istituiremo il nostro esame analitico .

Ora in proposito delle disposizioni contenute nella legge sopra citata, d' uopo è rilevare , come per la maggior parte importano mitigazione di pena. Questo primo saggio di ritorno graduato alle nostre consuetudini di giudicare , sorto dopo un così breve spazio di tempo dalla attuazione del Codice , fomenta quella lusinga che non abbiamo potuto celare fino dai primordii del nostro povero lavoro (*vedi introduzione vol. I pag. VIII*) . Con maggiore confidenza adunque , e con costante alacrità continueremo nelle nostre critiche osservazioni, persuasi che se *mature considerazioni confortate dalla esperienza* hanno indotto l' ottimo Principe a desistere alquanto in alcuni casi dalla adottata severità, dopo soli due anni e sei mesi di vita del nostro Codice , sotto l' attrito di altro spazio di tempo successivo, sorgerà nel di Lui cuore benefico il bisogno di ulteriori modificazioni e riforme. Noi non cesseremo adunque dal rispettosamente invocarle, là ove nella nostra tenuità opineremo che possano attuarsi.

Le due disposizioni sopra accennate appellano agli articoli 45 e 82. Il primo è situato nel Titolo IV del Codice , che parla del tentativo del delitto ; il secondo nel Titolo VIII del Codice stesso, ove tien parola della recidiva. La nuova legge procede per abrogazione, e agli articoli abrogati sostituisce dei nuovi .

Ciò non pertanto , come fra poco vedremo , i nuovi articoli sostituiti ai precedenti , non contengono in sostanza che addizioni , ritenute nel resto quanto in questi ultimi disponevasi .

Esaminiamo ora in che consistono tali addizioni .

A — L' articolo 45, quale deve rimanere per le disposizioni della legge dell' 8 Aprile 1856, è così concepito. « ivi »

ART. 45. — Ognora che la legge non contenga più speciali disposizioni, il tentativo si punisce

a) con la casa di forza per un tempo non minore di anni dodici , se il delitto consumato porterebbe alla morte ;

b) con la casa di forza da cinque a quindici anni, se il delitto consumato porterebbe all' ergastolo ;

c) con la casa di forza da un anno fino alla metà del tempo per cui , nel caso di consumazione , si applicherebbe la stessa pena, se il delitto è minacciato di casa di forza per un tempo, che possa eccedere i dodici anni ;

d) con la carcere da sei mesi fino alla metà del tempo , per cui , nel caso di consumazione, si applicherebbe la casa di forza, se il delitto consumato è minacciato di questa pena, per un tempo, che non possa eccedere i dodici anni ;

e) con una porzione non mai maggiore della metà di quella pena che si applicherebbe nel caso di consumazione, se il delitto consumato porterebbe alla carcere o all' esilio particolare, o alla multa ;

f) con la rispettiva interdizione per un tempo che

non può eccedere la metà di quello, che si decreterebbe nel caso di consumazione, se il delitto consumato è minacciato di una pena propria.

Ora posto questo articolo a confronto con l'altro contenuto nella prima edizione del Codice Penale, noi riscontriamo, che meno l'uso di insignificanti variazioni di parole, l'uno e l'altro sono perfettamente simili nel loro principio, e nella lettere **a** e **b** come pure nelle lettere **c** e **d** della prima edizione paragonate con le altre **e** ed **f** della legge nuova. La differenza sta nell'essere stato aggiunto in quest'ultima il disposto alle lettere **c** e **d** che mancava nell'altra; per lo che bene a ragione dicevamo che la legge nuova aveva fatto una semplice addizione all'antica.

Ma questa addizione è di per se stessa di grandissima importanza, mentre mitiga in alcuni casi, e non lievemente, la severità delle pene in avanti minacciate. Ecco in che consistono e a che tendono le disposizioni aggiunte.

La prima di esse riguarda il tentativo in delitti che condotti a consumazione sono minacciati di una pena di casa di forza eccedente i dodici anni: in questo caso le recenti sanzioni vogliono che il tentativo sia punito colla casa di forza da un anno fino alla metà di quel tempo per cui sarebbesi applicata la pena al delitto consumato. Così per esempio il furto sacrilego con profanazione delle Specie Eucaristiche, di che parla l'articolo 388 del Codice penale, è represso con la casa di forza dai dieci ai venti anni: il tentativo di questo delitto non può essere represso con pena minore di un anno di casa di forza nè maggiore della metà di quella pena, che si sarebbe data al delitto consumato in quel caso. E qui è da notarsi, che la misura della pena dovuta al delitto consumato, per stabilire poi quella spettante al tentativo, non è il *minimum*, nè il *medium* della legge, ma il *maximum*, a ciò conducendo le parole del legislatore « *se il delitto consumato è minacciato di casa di forza, per un tempo che possa eccedere i dodici anni* ».

Noi torniamo perciò a raccomandare ai Tribunali, per porsi in

grado di ben applicare la legge penale , di mettere in opra il sistema da noi più volte in casi consimili tracciato; di esporre prima nelle loro sentenze a qual pena avrebbero condannato il reo, se avesse consumato il delitto; e determinato questo punto di partenza, necessario per applicare la pena del tentativo, discendere a determinarla nel concetto voluto dal legislatore .

La nuova disposizione della quale ci siamo occupati, non cambia il metodo di punizione antico , perchè l' articolo 45 rimasto abrogato recava uguali sanzioni , nonostante che parlasse in genere e della detta pena della casa di forza, e delle altre di carcere di esilio e di multa . La disposizione nuova conserva l' antica unicamente nei casi nei quali la detta casa di forza eccede dodici anni per il delitto consumato. I cambiamenti si trovano nelle lettere posteriori, alle quali ora scendiamo .

La lettera *d* del nuovo articolo 45 contempla il caso di un delitto minacciato della pena della casa di forza che non possa eccedere i dodici anni. Secondo la lettera *c* dell'articolo stesso nella prima edizione, il tentativo doveva esser punito con la stessa pena della casa di forza non eccedente però la metà di essa: per il disposto della nuova legge si discende un grado nella scala penale, e si punisce con la carcere da sei mesi fino alla metà del tempo della casa di forza che si sarebbe applicata alla consumazione del delitto. Qui havvi notevole raddolcimento nel sistema di punire il tentativo, mentre alla casa di forza si sostituisce la carcere: qui pure ricorrono le avvertenze che facevamo di sopra ai Tribunali per giungere alla retta applicazione della legge penale.

La lettera *e* della nuova legge è perfettamente simile alla lettera *c* dell'antecedente. L'unica differenza che fra loro intercede è, che nella prima non si fa menzione della casa di forza cui provvedono le lettere *c* e *d* e nella seconda vi si trova compresa. Quindi è che le regole stabilite nella lettera *e* si riferiscono a delitti minacciati in caso di consumazione della carcere, dell'esilio particolare , e della multa . E su tal proposito noi rinviando i nostri lettori al commento nostro a pag. 42 vol. II.

Della lettera *f* del nuovo articolo 45 non è luogo a parlare ,

perchè come abbiamo detto concorda perfettamente con la lettera *d* della legge precedente .

B — Esaurito ciò che era a dirsi sul citato articolo 45 passiamo all' altro segnato di n.º 82. Noi saremo brevissimi .

La prima parte, o per meglio dire il § 1 di questo articolo, nella legge nuova è copiato alla lettera dalla legge precedente . In questo punto adunque ci rimettiamo alle osservazioni già fatte a pag. 282 vol. II.

È il § 2 che forma una legge nuova ed una addizione all'antica.

Questa addizione contempla un caso affatto omissso nella prima edizione , checchè ne dicesse in contrario il chiaro autore della *Teorica del Codice Penale* (vedi le nostre osservazioni a pagina 289 di questo volume); e questo è il caso del condannato ad una pena qualunque, che sia stato della pena medesima dalla clemenza del Principe graziato totalmente o parzialmente .

Ecco l'articolo tal quale deve apparire nella sua integrità nella nuova edizione ; « ivi »

ART. 82. — § 1. — Chiunque ha espiato pienamente la pena della consumazione o del tentativo di un delitto doloso, sia che ne fosse autore, sia che ne fosse ausiliatore; ognora che, dentro il tempo dichiarato dalla legge, torni a tentare o consumare, sia come ausiliatore, sia come autore, un altro delitto doloso della medesima specie, si fa debitore di recidiva .

§ 2. — La pena parzialmente o totalmente condonata per grazia, si ha come pienamente espiata.

Nel nostro commento a pag. 289 vol. II, dopo avere esposto ciò che le leggi Romane e la scienza prescrivevano in fatto di recidiva di fronte al reo precedentemente dal Principe graziato, dimostrammo di esser rimasti sorpresi per il silenzio tenuto dal Codice in questo caso, e riportammo le sanzioni, che avevano in pro-

posito adottate i Codici Francese ed Italiani, ai quali può aggiungersi l' Estense all' articolo 81. Per altro per non fare un brusco ostacolo al principio saviamente dal Codice nostro adottato, tendente a più severamente punire il recidivo, dopo l' inutile esperimento di una pena correttoria , manifestavamo modestamente , come è nostro costume, il desiderio di vedere adottato per il graziato , del pari che per colui che servo della pena contamina con una nuova delinquenza il luogo di correzione , un aumento , sebbene più lieve, di repressione; e allegavamo le ragioni motrici di tale nostra opinione . La legge nuova ha, restrittivamente al primo nostro desiderio , fatto più di quello che noi insinuavamo , mentre ha equiparato nella pena della recidiva , e chi ha consumata totalmente la prima punizione , e chi non l' ha neppure cominciata a subire , e chi l' ha subita in parte per condonazione del Principe . Per lo che devesi oggi ritenere che la prima parte di questo articolo forma la regola , e la seconda la eccezione .

Tutto ciò premesso noi rimandiamo i nostri lettori a quanto abbiamo su tal materia esposto ai luoghi sopra indicati . Daremo termine a questa parte della nostra appendice colle seguenti osservazioni .

Il § 2 dell' articolo 82 della nuova legge si limita soltanto ai condannati graziati o totalmente o parzialmente dalla clemenza Sovrana, o si estende anche a quelle grazie ed amnistie che precedono la sentenza condannatoria, e che, come dicevamo a pagina 332 vol. II, si chiamano *preoccupazioni o abolizioni di processo*? Noi opiniamo con piena convinzione per la negativa, perchè la lettera della nuova legge parla espressamente di *pena* o totalmente o parzialmente condonata ; queste parole presuppongono la esistenza di una precedente sentenza condannatoria. Senza di questa, resterà sempre incerto se il graziato era o no reo del primo delitto, dappoichè lo avere o domandata o accettata la grazia, non è sempre prova di reità , ma talvolta può derivare da timore di un indebita procedura , e dalle conseguenze di un giudizio criminale, che fanno tremare anche l' innocente, perchè l' umana giustizia è pur troppo fallace .

Noi avremmo desiderato che il concetto del legislatore fosse stato relativamente all' enunciato § 2 più completo, di quello che lo sia in sostanza, di fronte al tempo nel quale la recidiva nel significato del § medesimo si intende contratta o verificata .

L' articolo 83, su cui non sono state fatte innovazioni, designa la misura del tempo che deve passare tra la compiuta espiazione della pena e il nuovo delitto. Qual'è il punto di partenza designato nel caso di grazia o totale o parziale della pena ? La legge non lo dice ; è facile per altro , a parer nostro, il supplire a tal silenzio. Tanto che si tratti di totale, che di parziale condonazione, sarà il giorno in cui è stato notificato il rescritto di grazia o di amnistia .

II.

Giurisprudenza della Corte Suprema sopra alcuni articoli del Libro I del Codice.1. — *Articolo 33.*

Nel nostro commento all' articolo 33 a pag. 265 vol. I dicevamo, che nel debito della indennità verso la parte lesa, sono solidali tutti i partecipanti al delitto, sieno correi, istigatori, ausiliatori, ed anche *favoreggiatori*. Noi toglievamo questa massima dal gius naturale e dal gius civile. Noi non ignoravamo, che gli scrittori pratici di scienza penale e la nostra giurisprudenza avevano quanto agli ultimi, impropriamente chiamati debitori di *complicità posteriore*, applicato l'obbligo solidale della indennità *pro modo admissi*, cioè in corresponsività della parte che avevano preso nell'occultare o sottrarre il prodotto del delitto, o i mezzi atti a provarlo in tutto o in parte. Quindi è che la nostra proposizione che li faceva solidali nella indennità con gli altri, doveva intendersi sempre nei relativi casi, o ristretta, o estesa secondo che il fatto loro comprendesse o una parziale o una totale occultazione o sottrazione. Ciò non pertanto agitata una tal questione di fronte alla Corte Suprema, venne a noi imprestato un concetto generale ed assoluto, come se avessimo ignorato le precedenti teorie del gius penale adottate, o avessimo opinato che dal Codice nostro fossero state abrogate; e questa non era la nostra intenzione per le ragioni che abbiamo addotte.

Ma la Corte Suprema con decisione del 1.º Marzo 1856 interpretando lo spirito che aveva mosso il legislatore nel prescrivere la solidale indennità a carico di tutti i partecipanti di uno stesso delitto, vi ha compreso anche i *favoreggiatori*, non *pro modo admissi*, ma per la totalità del danno, dichiarando così abrogata la

passata giurisprudenza. Noi abbiamo dovuto dare questo schiarimento per omaggio alla verità, e per non attribuirci un merito non nostro, ma della Corte Regolatrice. Ecco i motivi sui quali si fonda l' accennata decisione. « ivi »

» Considerando sull' ultimo motivo contenuto nel suddetto
» ricorso, che l' articolo 55 del vigente Codice Penale nel § 2
» sottopone i condannati partecipanti ad uno stesso delitto alla
» solidale obbligazione di riparare il danno privato, e a rifare
» le spese processali, e che il Codice medesimo al Tit. V del Li-
» bro I avente per rubrica « ivi » Del concorso di più parteci-
» panti ad uno stesso delitto e dei fautori del delitto altrui »
» pone al soprammentato articolo 60 il favoreggiamento » .

» Considerando perciò, che non potendosi revocare in dubbio
» essere partecipanti, sebbene per partecipazione indiretta, il fa-
» voreggiatore in ogni delitto, in specie nei furti o altri delitti
» contro la proprietà, i ricettatori ed i compratori dolosi delle
» cose furtive, in quanto che gli uni e gli altri scientemente aju-
» tano i delinquenti ad assicurare il criminoso profitto, o mira-
» no ad eludere le investigazioni della giustizia, ne segue che il
» legislatore nel sottoporre i partecipanti ad uno stesso delitto
» alla solidale obbligazione di restaurare il danno privato, vi
» abbia compreso, non solo i correi e gli ausiliatori, ma anche i
» favoreggiatori con l' evidente scopo di percuotere anche que-
» st' ultimi, i quali per la comune esperienza grandemente ed
» efficacemente facilitano e favoriscono i reati, sicchè sebbene
» sia coerente alla giustizia di reprimerli con pene minori dei
» primi, non possono senza ingiustizia sottrarsi al debito di
» una completa indennità, in favore di quei che sono rimasti
» lesi, perchè l' interesse politico esige che coloro che hanno
» contribuito, come nel caso, a sottrarre al derubato ed alla
» giustizia gli oggetti che al delitto si referivano, dovevano es-
» sere civilmente responsabili dei pregiudizii arrecati in un con-
» quei che il furto commisero o ad esso prestarono un aiuto » .

» Considerando che senza plausibile ragione allegavasi la
» passata giurisprudenza in proposito, che ammetteva nelle par-

» *tecipazioni indirette in discorso, una indennità parziale corrispondente alla importanza del fatto avvenuta, in quanto che col sopravvenire della legge nuova che differenti disposizioni contiene, doveva la rammentata giurisprudenza ritenersi come abrogata* » .

2. — *Articolo 54.*

La Corte Suprema nella sua decisione del 24 Maggio 1854 ha stabilito in massima, che allorquando per parte dell' imputato o accusato, è dedotta una causa, che secondo i relativi casi può essere o diminuente o dirimente la imputabilità, i tribunali sono in debito di dichiarare esplicitamente, se per quella causa l' accusato o imputato trovavasi privo di coscienza dei suoi atti o di libertà di elezione, o nella ben diversa posizione dell' articolo 64. Nel caso sottoposto all' esame della Corte trattavasi di ebbrietà.

3. — *Articolo 38.*

La nostra pratica giurisprudenza tutte le volte che trattavasi di influenza della età del delinquente, o sulla di lui imputabilità, o sulla pena, esigeva che nella procedura fosse inserita la fede di nascita dell'imputato, e nel caso che ciò non fosse possibile, fosse supplito col deposto testimoniale: quando esisteva dubbio sulla vera età, i tribunali ritenevano l' imputato come minore (*vedi repertorio Cerretelli verbo età n. 5 e 8*). Dopo le riforme giudiziali del 1838 molte cause disbrigandosi senza istruzione scritta, sovente avviene che alla pubblica udienza l'imputato allega la mancanza della età per non essere condannato come maggiore. Allora la Corte Suprema raccomandando sempre ai tribunali la osservanza dell' antica pratica, ha risoluto le questioni insorte nel seguente modo. Se l' imputato nella istruzione scritta, o alla pubblica udienza ha concordato di essere costituito in età maggiore, se di poi ciò impugna e si fa minore, allora è in obbligo di esibire la fede di nascita: se poi allega subito la minore età, il debito

di provare il contrario spetta al Pubblico Ministero che sostiene l' accusa. (*Annali di giurisprudenza anno XII part. I col. 143 e 175. — XIV par. 1 col. 45. — XV. part. 1 col. 668*). Ora dopo l' attuazione del Codice Penale, tutte le volte che trattasi dell' applicazione degli art. 36. 37. 38. 39. 40. e 41. i tribunali debbono osservare le sopra indicate massime di diritto, cui deve aggiungersi l' altra fissata con decisione di detta Corte Suprema del 24 Maggio 1854, che determina, nel caso della non concordata età dell' imputato, nel Tribunale l' obbligo di risolvere la questione o affermativamente, o negativamente, con dichiarazione di fatto desunta dalle resultanze del processo orale .

4. — Articolo 43.

Noi dicevamo nel commento all' articolo 42 del Codice (vol. II pag. 4) che per decidere quando un delitto è o nò consumato , è necessario esaminare la di lui natura ed essenza giuridica , cioè se è o nò della classe di quelli che per dirsi perfezionati sia duopo che l' agente abbia ottenuto il pravo scopo cui mirava , o appartenga all' altra nella quale la legge penale si contenta che ricorrano quei fatti che costituiscono la indole giuridica dell' atto criminoso, in una parola, se sia un delitto *materiale*, o un delitto *formale*. La Corte Suprema di Cassazione con suo decreto del 16 Settembre 1854 nello adottare la preindicata distinzione, ha detto che le teorie del tentativo prescritte dall' articolo 43 del Codice, sono soltanto applicabili ai primi, che essa chiama di *esecuzione complessa*: su di che in proposito noi l'avevamo preceduta, riportando a pag. 17 del vol. II la opinione del celebre Romagnosi.

5. — Articolo 45.

Il disposto all' articolo 45 lettera *c* e *d* sembrava tanto esplicito e chiaro da non dare luogo a difficoltà nell' applicazione. Quando la legge dice che la pena del tentativo non può essere maggiore della metà di quella dovuta al delitto consumato, era ben na-

turale il dedurne, che la metà non doveva rilevarsi dalla pena entro i limiti legali determinata al delitto consumato, ma da quella che nei casi concreti i tribunali avrebbero data al delinquente, se invece di tentare il delitto, lo avesse portato a consumazione. Ma nel porre in attuazione la indicata diminuzione vi sono stati alcuni tribunali, che hanno trovato nel grado minimo della pena ordinaria la metà prescritta dalla legge. La Corte Suprema con la sua decisione del dì 8 Agosto 1855 ha corretto questo errore nel senso da noi sopraindicato. Se i tribunali avessero seguito il consiglio che noi più volte nel nostro commento abbiamo loro dato, e che poco sopra a pag. 406 abbiamo creduto necessità ripetere, non sarebbero caduti nell' indicato errore, e non avrebbero trovato difficoltà nella applicazione della legge; e questo consiglio consiste nel determinare in precedenza, quanta sarebbe stata nel caso concreto la pena che avrebbero data al delinquente se il delitto fosse stato consumato; e, questa quantità fissata, poco vi vuole a restringerla per il tentativo, sicchè non ecceda la metà di essa. La sopraindicata decisione rimane opportunissima anche di fronte all' articolo 45 della nuova legge.

6. — *Articolo 59.*

L' articolo 59 § 2 da facoltà ai giudici di ritenere come ausiliatori coloro che non hanno partecipato neppure con la loro presenza al delitto precedentemente concertato. Di questa facoltà i giudici debbono servirsi nei limiti dalla legge tracciati, onde è che se credono di ritenere quei che dopo aver concertato con altri il delitto nel comune interesse, non come correi, ma come ausiliatori, debbano nelle loro dichiarazioni di fatto esplicitamente stabilire che l' accusato di correatà non ha menomamente, neppure con la semplice presenza, partecipato al fatto criminoso. Così fermò la decisione della Corte Suprema del 30 Giugno 1854.

Nel nostro commento all' articolo sopra indicato a pag. 157 di questo volume, ci siamo dimenticati di rammentare una massima di equità, che la nostra giurisprudenza aveva sull' autorità dei

pratici più accreditati stabilita. Ora dobbiamo supplire a tale dimenticanza, poichè se ne offre il destro molto opportunamente, per rendere più completo, che sia possibile, il nostro commento. Ritenuto il concerto fra più individui di eseguire un delitto per loro comune interesse, qualora fosse risultato che nella esecuzione avessero presa una parte non eguale, non erano i giudici obbligati a punirli tutti con una stessa pena, ma potevano misurarla secondo il loro rispettivo operato: in specie poi quando se ne trovava fra essi alcuno, che era stato soltanto presente al delitto, senza prendervi alcuna parte materiale (*vedi Annali di Giurisprudenza Anno IV part. 1 col. 283. — X part. 1 col. 149*). In questo caso sotto l' impero del Codice nostro noi troviamo applicabile la teoria che sopra, nei limiti per altro determinati dall' articolo 51.

7. — *Articolo 69.*

La Corte Suprema con la sua decisione del 14 Giugno 1854 ha dichiarato per la retta intelligenza dell' articolo 69 del Codice Penale che per calcolare in conto di pena la carcerazione sofferta indebitamente, deve attendersi al titolo di delitto ritenuto nella sentenza di condanna, senza fare attenzione alle circostanze diminuenti dalle quali è stato accompagnato, purchè non abbiano portato a variazione di pena della competenza maggiore nella minore.

8. — *Articolo 80.*

Finalmente a compire il nostro commento sull' articolo 80 crediamo opportuno di riportare qui i motivi che precedono la decisione della Corte Suprema del 16 Agosto 1855. « ivi »

» *Considerando che il tema di un solo delitto continuato*
» *di che nell' articolo 80 del Codice, non si adatta al caso di*
» *più violazioni della stessa legge penale commessa in tempi di-*
» *versi e nell' impeto della collera, perchè esigendosi per l' ef-*
» *fetto di ritenerle come un solo delitto continuato che sieno*

» atti esecutivi della medesima risoluzione criminosa , ciò non
 » può verificarsi nei fatti commessi nell' impeto della collera
 » in tempi diversi, nei quali la risoluzione criminosa si rin-
 » nuova ciascheduna volta , ancorchè sieno animati dalla me-
 » desima causa di delinquere » .

» Considerando conseguentemente, che bene la deferita Sen-
 » tenza ritenne e punì come delitti reiterati e distinti le due be-
 » stemmie, delle quali in tempi diversi, e nell' impeto della col-
 » lera si rese debitore il ricorrente ec. »

III.

Osservazioni sul combinato disposto degli articoli 20 § 1, 69 § 1 e 70 del Codice Penale .

Il modo con il quale si asserisce eseguito il disposto agli articoli 20 § 1, 69 § 1 e 70 del nostro Codice Penale, di cui abbiamo parlato a pag. 183 vol. I, 203 e 208 vol. II sembrando a noi non consentaneo alla lettera ed allo spirito della legge, o in ogni peggiore ipotesi dimostrativo di un grave inconveniente che dalla legge stessa strettamente intesa insorgerebbe, ci obbliga a ritornare nuovamente su questa interessantissima materia .

Poniamo bene e chiaramente avanti ogni altra indagine il disposto della legge . Essa vuole :

1.° Che, nelle pene di casa di forza e di carcere, il tempo penale debba contarsi per i condannati che si trovano sotto custodia, dal momento in cui la sentenza di condanna diviene eseguibile: (art. 20 § 1.)

2.° Che quando esiste custodia preventiva, questa debba essere al condannato imputata in conto delle pene suddette, secondo il ragguaglio stabilito all' articolo 75, per tutto il tempo della custodia, quando questa fosse illegale, e per quel tempo che eccede i limiti presuntivamente dalla legge assegnati ai rispettivi giudizj (art. 69 § 1, e art. 70).

Ciò premesso a noi sembra che l' articolo 20 § 1 abbia inteso di stabilire una regola , che provvede al caso semplice, cioè alla condizione di colui che si trova sotto custodia legale non prolungata indebitamente al di là del rispettivo termine assegnato alle tre giurisdizioni, cioè di cinque giorni, di tre mesi e di sei mesi, e che gli articoli 69 § 1 e 70 contengano un'eccezione, e provvedano così al caso speciale della custodia indebita o illegalmente prolungata .

Ora in quest' ultimo caso specialissimo, la legge vuole che in caso di condanna del detenuto per custodia , il tempo che questa è durata, o in tutto o in parte, sia detratto dalla pena secondo il ragguaglio voluto dall' articolo 75 , il che vuol dire che non dal momento in cui la sentenza diviene eseguibile deve il tempo penale contarsi , come dice la legge nell' articolo 20 § 1 , ma dal giorno in cui avvenne custodia preventiva, qualora questa sia stata illegale , o dal giorno in cui la custodia legale venne indebitamente prolungata .

Da tali principii a parer nostro indubitati, nasce la conseguenza del pari indubitata, che cadono in grave errore coloro, che vogliono sempre contare il tempo penale dal giorno nel quale la sentenza condannatoria diviene eseguibile .

Ma qui non si arrestano le nostre osservazioni, ma si spingono più oltre .

Esaminiamo separatamente le sequele che possono verificarsi in ciascuno dei detti casi. Cominciamo dalla regola stabilita all' articolo 20 § 1.

Tizio è condannato alla casa di forza o alla carcere: è sotto custodia legale non illegalmente prolungata . Il tempo penale deve cominciare a correre dal giorno nel quale la sentenza diviene eseguibile ?

Due casi possono intanto avvenire :

1.º che la notificazione della sentenza sia a lui ritardata di alquanti giorni; dovendo dalla notificazione partirsi il termine a ricorrere in cassazione, la mansione in carcere si prolunga per altri cinque giorni. Se egli non ricorre, i giorni che dalla detta sentenza all' esaurimento del termine a ricorrere sono decorsi , dovranno computarglisi a conto di pena, oppure saranno a di lui carico perduti ?

A noi sembra che, prima la ragione naturale, poi i buoni principii di diritto, sciolgano la questione a favore del condannato. Non è per un fatto a lui imputabile che lo spazio di tempo decorso dalla pronunzia all' esaurimento del termine destinato a ricorrere , per cui si è prolungata la custodia preventiva, è passato. Questo

spazio di tempo è determinato dalla legge per rendere esecutoria la sentenza di condanna . Dunque avendo il condannato, col non profittare dello straordinario rimedio del ricorso in cassazione , accettata la sentenza , dal giorno nel quale venne quella pronunziata deve contarsi la pena, ritenuto sempre, se vuolsi, il ragguglio prescritto all' articolo 75. Oltre a ciò giuridicamente parlando la renunzia o espressa o tacita ad ogni rimedio ordinario e straordinario , riconduce le cose al giorno della Sentenza accettata ; è da quel punto che l' incominciamento della pena deve aver vita .

Nè si dica, che nel formare il caso che sopra, abbiamo posto in campo una contingenza che è di lieve e meschino interesse di fronte a pochi giorni di tempo. La giornaliera esperienza, con dolore di ogni uomo che giustamente apprezzi i doveri dei magistrati ai quali la legge affida il carico della notificazione delle sentenze criminali, ci dimostra, che non sono pochi ma molti i giorni che sovente decorrono dalla pronunzia alla di lei notificazione; ma fossero ancora, come dovrebbero essere, pochi, all' obbietto non risponde forse il riflesso che la sofferenza si prolunga a carico del detenuto, e che in tali materie il tempo non veste le ali leggere e vaporose che la mitologia e la pittura gli imprestano, ma ali di piombo che convertono i giorni in mesi ed i mesi in anni ? *Carcer est mala mansio* dicevano i nostri buoni pratici antichi , e tanto più lo è per l' uomo di già condannato , che non la soffre più come custodia, e così in lui la presunzione della innocenza è cessata; non la soffre come pena, perchè la sentenza non è ancora divenuta eseguibile . A qual titolo dunque è egli tuttora detenuto ?

Si obietterà che se il condannato voleva accettare la sentenza, doveva farlo e dichiararsi immediatamente , così si risparmiava il tempo di custodia necessario a rendere eseguibile la sentenza. Misero obbietto!! Prima di accettare una pena , che è un male , il condannato non ha forse diritto di leggere, esaminare, ponderare la sentenza di condanna , onde desumerne se a lui interessa o no di ricorrere ? E quando può procedere a tale esame ? Allora soltanto che la sentenza nella sua integrità gli viene notificata ; e

questo esame può farsi subito senza consultare il difensore ? nò , e la legge appunto , perchè non vi sia precipitanza nel ricorso , assegna cinque giorni al condannato per prendere il partito o dell' accettazione o del ricorrere in Cassazione . E se si apprende al primo , vorrà apporsi a di lui carico il non averlo adottato più presto che la legge lo esige ?

Dunque a parer nostro nei casi da noi designati la pena deve correre dal giorno della sentenza condannatoria . All' articolo 20 § 1 deve darsi una intelligenza che non sia contraria ai principii ed alle massime che abbiamo poste .

Ma esaminiamo la ipotesi contraria a quella fin qui formulata ; il caso cioè del condannato che ricorre in cassazione . Qui due diversi eventi possono verificarsi ; rigetto del ricorso ; cassazione della sentenza denunziata . Parliamo del rigetto , mentre la cassazione non somministra elemento di dubbio , dappoichè annullata la sentenza condannatoria , e sopravvenuto il bisogno di un giudizio nuovo ed integrale , spetta al Tribunale di rinvio di giudicare sulla detenzione in carcere di custodia .

Il decreto della Corte Suprema che rigetta il ricorso rende esecutoria la sentenza di condanna . Ciò è fuori di controversia ; con detto decreto è esaurito l'ultimo rimedio accordato dalla legge . Ma la qualità esecutoria deve spiccare dalla data della pronunzia di rigetto , o da quella della sentenza di condanna ? Qui sta la questione .

Ci viene detto ed asserito , che in pratica il tempo penale si conta dalla data del decreto di cassazione che rigetta il ricorso , mentre si vuol sostenere che questa è l' intelligenza da darsi all' articolo 20 § 1 del Codice Penale ; onde si fa questo ragionamento ; la sentenza di condanna rimane sospesa per il ricorso in cassazione : è eseguibile dunque solamente dopo che la Corte Suprema ha rigettato il ricorso .

Noi non siam persuasi della giustizia di un tal ragionamento ; e a misura della nostra tenuità tenteremo di combatterlo .

È canone di diritto a parer nostro indubitabile , che le pronunzie dei tribunali superiori che confermano quelle proferite dagli

inferiori riportano le cose al punto nel quale furono la prima volta definite e decise. Così quella che rigetta il ricorso in Cassazione, niente altro fa che stabilire la giustizia e la regolarità del primo giudicato, e in questo senso ne ordina implicitamente l'esecuzione: la legge adunque per giuridica necessità deve fingere, che fino dalla pronunzia del giudicato suddetto per il detenuto in custodia deve esser cominciata a decorrere la pena temporaria qualunque, cui è stato il reo condannato, a norma del ragguaglio da lei in casi fraternizzanti determinato. Se ciò non avvenisse, noi ripeteremmo ai propugnatori del sistema che combattiamo il dilemma che sopra abbiamo proposto. A qual titolo colui che soffre la custodia è detenuto durante il giudizio di cassazione? A titolo di custodia preventiva nò, perchè egli ha perduto la qualità di accusato, ed ha assunta l'altra ben diversa di condannato. A titolo di condanna molto meno, perchè secondo il concetto loro la sentenza non è esecutoria.

Si dirà forse che il ricorrente, fino a che la sentenza non è eseguibile, rimane detenuto sempre come imputato, perchè la sentenza stessa come la spada di Damocle sta sospesa sulla di lui testa, fino a che non sia cassata o sia rigettato il ricorso? si soggiungerà che bene stà al condannato ricorrente di rimanere nello stato di detenzione, quando egli, non accettando la sentenza che lo condanna, ha voluto provocare un nuovo giudizio, del quale deve risentire le conseguenze.

A questi obietti rispondiamo trionfalmente; al primo, che vuol distruggere i risultati di un giudizio solenne, considerandolo come non avvenuto, che ai nostri rilievi di diritto non replica, ma accortamente li sfugge per risparmiarsi la pena di combatterli; al secondo, che è cosa troppo dura il punire al di là di ogni limite colui che si serve di un rimedio e di un diritto concessogli dalla legge; questa nel parlare degli eventi cui si espone colui che condannato ricorre in cassazione, dice che può andare incontro a pena più grave di quella cui è stato sottoposto, se la sentenza condannatoria è cassata, e vuole che di questo pericolo sia espressamente cerziorato; ma non dice che la carcere che egli soffrirà

nel tempo del giudizio di cassazione non debba essergli valutata in pena ; che anzi ritiene il concetto opposto. Infatti se la legge penale ha voluto, che la carcere di custodia non debita o indebitamente prolungata, sia calcolata in luogo di pena, per una eguale ragione, non deve presumersi che questo stesso calcolo dovesse praticarsi , quando a sentenza pronunziata la carcere stessa cambia essenzialmente il carattere giuridico che prima essa aveva, ed assume l' altro di una pena anticipata ?

Dunque sembra a noi, che anche in questo caso la carcere sofferta dal condannato debba calcolarsi in diminuzione di pena .

Parliamo adesso del caso eccezionale contenuto negli articoli 69 § 1 e 70.

Tizio condannato alla casa di forza o alla carcere aveva sofferta quest' ultima per custodia indebita o illegalmente prolungata . La sentenza nel condannarlo pronunzia da qual giorno deve cominciare la pena alla quale lo sottopone, detraendo, secondo il ragguaglio stabilito all' art. 75, la detta custodia. Ricorre in cassazione ; il ricorso è rigettato ; la carcere di custodia che ha sofferto dalla pronunzia della sentenza, (giacchè la precedente è già computata) fino alla pronunzia del rigetto, dovrà calcolarglisi in sconto di pena ?

Le medesime ragioni che abbiamo addotte nei casi precedentemente configurati si applicano anche al presente , per il quale concorrono riflessi ancora più imponenti per non dubitare nel rispondere affermativamente .

Nel caso nostro la legge ha dichiarato quella custodia o quell' aumento di custodia indebito, perchè contrario alle di lei chiare e nette disposizioni . Oltre a ciò una sentenza ha sanzionato nel condannato il diritto che il tempo passato nelle carceri siagli convertito in pena; dunque se indebita era la custodia al momento della prima pronunzia, continuerà ad esser tale durante il corso del giudizio di cassazione , fino alla pronunzia del rigetto, perchè la natura ed indole di tal detenzione non cambia, ma rimane la stessa .

Con tutto ciò ne viene asserito, che anche in questo caso il tem-

po della detenzione dal giorno della sentenza condannatoria , fino a quello della decisione di rigetto, non si detrae a carico del condannato , sempre per la ragione che il tempo penale si conta dal momento nel quale la sentenza è eseguibile . Lo che , per le premesse osservazioni, scorgesi quanto urti con la legge e con la cosa giudicata, per non dire quanto repugni alla giustizia ed alla equità .

Le già fatte osservazioni ricorrono a parer nostro anche a favore del condannato , la cui detenzione di custodia viene illegittimamente prolungata durante il periodo del giudizio di cassazione, mentre può bene accadere, che al momento nel quale venne la sentenza deferita alla Corte Suprema , la custodia preventiva non fosse illegalmente protratta , e che tale addivenisse nell' indicato periodo .

Noi abbiamo credute necessarie le forse troppo estese avvertenze fin qui fatte, perchè qualora ciò che ne venne asserito sussistesse (vogliamo credere che nò), servissero a rettificare la intelligenza data alla legge, o a eccitare il legislatore a modificarla, nel supposto che la di lei lettera non si prestasse allo spirito da cui la supponiamo informata ; e ciò ne apparve tanto più utile , perchè simili questioni non sono sottoposte al giudizio dei tribunali, ma dipendono dall' arbitrio prudente di quei che sono incaricati della esecuzione delle sentenze criminali .

Non sarà inopportuno l'osservare, che la pratica invalsa nei nostri tribunali anteriore al codice, era pienamente coerente ai principj da noi sopra esposti. Anzi dal disposto dell' articolo 572 delle DD. ed II. si ha, che il tempo di custodia cui è sottoposto il condannato dal giorno della presentazione della supplica di grazia, fino alla notificazione del Regio Rescritto, e quello ugualmente sofferto nell' altro caso nel quale il Pubblico Ministero è autorizzato, secondo il prescritto all' articolo 269 del Motuproprio del 2 Agosto 1838, a ricorrere all' oracolo del Principe per implorare la grazia del condannato a favore del quale non esistono fondamenti favorevoli per sostenere il ricorso alla Corte Suprema , debbano essere calcolati e scomputati nella pena , qualunque sia

nell' uno e nell' altro caso il risultato della supplica. Il che prova ad evidenza, quanto il legislatore abbia a cuore la misera condizione di quei detenuti che implorano, o da per loro stessi, o per ufficio altrui la di lui clemenza, affinchè se ne possa concludere che eguali principii debbono risolvere ogni questione, che in contingenze consimili possa elevarsi.

Ma a che cercare argomenti in appoggio alla nostra tesi nelle regole di ermeneutica legale e nell' antica giurisprudenza, quando lo stesso Codice nel medesimo articolo 20 da cui vuol desumersi la prova della giustizia dell' assunto contrario, al § 3 ne somministra un potente argomento a sostegno del nostro concetto?

Questo §, delle cui disposizioni abbiamo con piena convinzione fatto elogio a pag. 184 vol. I, stabilisce che il tempo passato dal condannato in una carcere di custodia per nuova imputazione non susseguita da condanna, si considera come passato nello stabilimento penale.

Tizio per esempio è condannato a tre anni di carcere; nel tempo che consuma la pena lo si crede autore di altro delitto; è tolto dallo stabilimento penale, ed è posto nella carcere di custodia; fatte le necessarie verificazioni, il tribunale, o in Camera di Consiglio o dopo il pubblico giudizio, dichiara non esser luogo a procedere contro Tizio per quel delitto, e lo assolve; e l' una e l' altra dichiarazione possono essere appoggiate, o a mancanza di prove, o a innocenza riconosciuta. L' articolo 20 § 3 dichiara a di lui favore, che il tempo che egli passò in carcere di custodia debba valergli come consumato nello stabilimento penale: e qui è da notarsi che questo stabilimento può essere carcere di pena, come casa di forza. Sicchè la benignità del legislatore si è spinta tant' oltre, che nel caso previsto non ha luogo neppure il ragguaglio voluto dagli articoli 69 e 75, perchè ha detto che il tempo passato nella carcere di custodia si considera come *passato nello stabilimento penale*.

Qual prova maggiore di questa vogliamo per conoscere da quale spirito si è mosso il legislatore nel caso che sopra, e nell' altro che concerne la nostra tesi? Se egli ha voluto che al condan-

nato fosse calcolata come pena la carcere di custodia sofferta per altro delitto per il quale non abbia riportato condanna; se ha voluto che la carcere medesima o indebita o soverchiamente prolungata cadesse in sconto di pena, qual ragione vi sarebbe per credere che in contradizione di tali massime egli vietasse di calcolare la carcere stessa a favore dei condannati, quella stessa carcere che i tribunali hanno dichiarata indebita o soverchiamente protratta, e che hanno detratta dalla pena, solo perchè è avvenuta prima che la sentenza fosse eseguibile? Non è questo un'imprestare al legislatore un concetto per lo meno irriverente, perchè in opposizione diretta a quello spirito di equità che egli ha sì chiaramente dimostrato?

Nel nostro commento all' articolo 70 con la dovuta reverenza fummo costretti a fare le nostre osservazioni sui termini assegnati alla custodia legale nelle cause spettanti alla massima e media competenza: e in appoggio ai nostri rilievi troviamo le disposizioni dell' articolo 58 del Codice Penale militare. La giurisdizione militare ha, come la comune, i medesimi gradi di competenza: la maggiore risiede nei consigli di guerra: la media nei consigli di corpo: la minima nei tribunali militari minori. Esiste anche nei tribunali militari la istruzione regolare, esiste il consiglio d'inchiesta, che equivale alle camere di consiglio o di accuse. Ciò non pertanto dal ricordato articolo emerge che la carcere di custodia è fissata in due mesi quanto alle cause del consiglio di guerra, e in un mese quanto alle altre del consiglio di corpo. Si obietterà che il maggior pregio della giustizia militare è la celebrità. Ma qual'è la legge che neghi che di questo pregio debba andar superba anche la giustizia comune? E quand' anche si volesse in tal proposito dar preferenza alla militare, farà d'uopo convenire, esser troppo grave la distanza di quattro mesi e di due rispettivamente fra l' una e l' altra.

IV.**Osservazioni sul Libro I. del Codice Penale Estense in confronto col nostro .**

Quando era già sotto il torchio l'ultimo fascicolo di questo volume ci pervenne il Codice Penale per gli Stati Estensi , che deve essere applicato il 1.º Luglio 1856. Ecco una nuova legislazione penale Italiana, che non deve da noi essere dimenticata; sebbene essa sia giunta, di fronte al nostro lavoro, un poco tardi, siamo in debito di accoppiarla alle sue sorelle nel seguito del nostro commento . Così questo recente prodotto del senno Italiano ci sarà di soccorso per compiere l'ufficio che abbiamo assunto.

Ma se noi del prelodato Codice facessimo soltanto menzione nelle materie che restano a trattarsi , e lo lasciasseмо incurato in quelle già esaurite , faremmo cosa da meritare giusta censura; e per non incorrervi, suppliremo alla impossibilità del ritornare indietro, con collocare a luogo opportuno le nostre osservazioni ed i nostri confronti, percorrendo rapidamente tutte le disposizioni che trovansi nel Libro I. di detto Codice, contentandoci di porre in rilievo le differenze col Codice nostro , e di presentare su di esse quei rilievi che ci sembreranno necessarij. Saremo concisi , e , per quanto potremo , chiari .

Nel Titolo I. del detto primo libro, è da tenersi a calcolo la definizione del delitto in confronto di quella data dal Codice nostro; essa è espressa in parole più tecniche; non è però perfetta , perchè il delitto, non è soltanto la commissione o omissione di un'azione vietata o ordinata dalla legge ; ma affinchè si chiami delitto, l'azione comandata o vietata, è mestieri che sia repressa con una pena ; quest' ultima caratteristica manca nella definizione data dal Codice Estense, ed esiste nel nostro .

Il diritto di procedere e di punire i delitti commessi all'estero

da un suddito contro lo Stato da cui dipende, o contro altro suddito, o contro un forestiero, o da un forestiero contro lo Stato o contro un suddito, lo troviamo molto assennatamente ristretto nel Codice Estense in confronto col nostro; il primo lo limita a quei delitti che sono punibili con pena dei pubblici lavori o maggiore, il secondo lo estende a tutte le delinquenze, anche a quelle di privata azione: il primo restringe il procedimento e la punizione al solo caso che il delinquente sia entrato nello Stato, o sia stato a questo consegnato dallo Stato forestiero; il secondo vuole queste due condizioni soltanto, di fronte all'estero delinquente contro lo Stato, o contro il Toscano in Stato estero.

Abbiamo detto *assennatamente*, perchè il diritto di procedere e di punire per delitti commessi all'estero, costituisce una limitazione al principio generale della scienza che dà alla società lesa il diritto che sopra per le violazioni delle leggi da lei sancite, per il danno o pericolo che hanno recato, e per il pubblico esempio, circostanze tutte che non si incontrano nel delitto commesso all'estero, mediante il quale si sono lese non le nostre, ma le leggi straniere, ed il danno o pericolo percuote il territorio altrui, e il pubblico esempio è necessario a darsi agli abitanti nel cui territorio il delitto è avvenuto. Non impugniamo davvero la giustizia e la convenienza di una tale limitazione, ma come limitazione la vorremmo ristretta ai casi più gravi, non estesa a tutti; e tanto maggiormente perchè l'assumersi l'incarico di reprimere tutti i delitti commessi in paesi esteri, suppone una colpevole ignavia nei Governi il cui territorio è stato dal delitto contaminato, o un difetto di fiducia nella Magistratura ivi esistente.

Con nostro grave rincrescimento, troviamo al tit. II. preferito nella esecuzione della pena di morte lo strangolamento alla decapitazione, perchè, come abbiamo osservato, quel modo di esecuzione contiene un che di brutale e di selvaggio, non conveniente ai nostri civili costumi. Con vero dolore poi abbiamo letto quella esposizione per sei ore del cadavere del condannato, che ingenera orrore e ribrezzo in ogni animo men che gentile. La legge è in debito, anche quando punisce con pena irreparabile, di ri-

sparmiare agli uomini quelle sensazioni, che eccitano al regresso, non al progresso civile .

Vediamo poi con soddisfazione al titolo medesimo non compresa fra le pene quella dell' esilio particolare , della cui impotenza a correggere abbiamo tenuto proposito commentando l' art. 21 a pag. 188 vol. I.

Con eguale soddisfazione abbiamo riscontrata la limitazione del *maximum* della pena della multa fissata a lire 1000 , cioè nella metà della nostra , sulla di cui soverchia estensione abbiamo tenuto parola a pag. 187 vol. I.

Con la stessa repugnanza con la quale abbiamo accettato la teoria del concorso di più pene , e la conversione delle minori nella maggiore sanzionata nel Codice nostro, abbiamo letto uguali disposizioni nell' Estense , il quale di fronte al nostro ha una modificazione sebben tenue relativamente alla carcere che non giunge ai sei mesi. Questo secondo esempio di legislazione italiana, che consacra nella scienza penale un principio precedentemente rigettato, non modifica la nostra contraria opinione, e noi non crediamo che il Codice Estense abbia tal forza da costituire in proposito l' *ultima parola* nella grave questione che si vuol suscitare .

Non possiamo per altro dispensarci dal porre in rilievo una disposizione, che a complemento dell'adottata teoria del concorso e della conversione delle pene ha adottato il Codice Estense, e che non si trova nel nostro . Essa merita attenzione per la sua singolarità . » Se dopo una sentenza di condanna (dice l' Art. 37) » scuopresi altro delitto dal condannato commesso prima della » sentenza medesima , egli verrà di nuovo giudicato e punito , » qualora soltanto il nuovo delitto possa portare una pena maggiore per grado e per estensione. » Una tale misura, che annulla un giudizio già esaurito , unicamente perchè abbia luogo il concorso e la conversione delle pene, che non potevano verificarsi nel primo , sembra a noi così contraria al decoro della giustizia, e all' autorità della cosa giudicata, da destare, se non altro, sorpresa .

Nella scala penale adottata dal Codice Estense noi troviamo molte fra le pene che appartengono al sistema di *repressione* ; ciò dimostra che in quei Dominii non è adottato nella sua generalità il sistema penitenziario .

Il Titolo III. del menzionato Codice , che parla degli effetti delle pene , contiene disposizioni più severe del Codice nostro , perchè sottopone alla morte civile i condannati alla pena capitale e all' ergastolo a vita , estendendo tale effetto anche alle sentenze contumaciali cinque anni dopo la pubblicazione , a tal che in questa parte ritiene eseguibili giudicati, che per loro natura null' altro effetto producono, fuori di quello di interrompere il corso della prescrizione .

Sebbene il Codice Estense abbia saviamente fatto a dichiarare che la condanna alla multa, ai danni, alle spese giudiziali, produce ipoteca giudiziale, lo aver ciò il Codice nostro taciuto, non autorizzerebbe a censurarlo , in quanto che a ciò provvedono gli art. 67 e 68 dello Statuto ipotecario del 2 Maggio 1838.

Il Titolo IV che tiene proposito delle gradazioni delle pene, è in piena conformità con principii della scienza, e con tutti gli altri Codici Italiani, il nostro eccettuato. Nel sistema dalla prima e dai secondi adottato, facile è il modo dell'applicazione delle pene, quando ricorrono circostanze aggravanti o diminuenti , nè si incorre nel grave inconveniente di veder puniti nella pena o minore o eguale i delinquenti, a favore o contro i quali stanno le indicate circostanze, e quella inflitta a coloro nel cui fatto queste non ricorrono . Più volte abbiamo lamentato questo inconveniente , e posti in rilievo gli ostacoli che alla proporzionata e razionale distribuzione delle pene sorgono, per il sistema adottato dal Codice nostro , nel quale è omessa la gradazione di ciascuna pena per ciascun reato, e troppo soverchiamente sono estesi i limiti accordati, nel determinarne la durata, al prudente arbitrio dei Tribunali .

Il titolo V che si occupa delle cause diminuenti e dirimenti offre campo a due riflessi. Il primo, di aver cioè troppo precocemente determinata la civile imputabilità degli imputeri ; nè fa

sorpresa il trovare eguali disposizioni nel Codice Napoletano, perchè grave è la influenza, che in questo territorio ha il clima nello sviluppo della macchina umana : l' età decenne per regola generale non è sufficiente a presumere la coscienza dei proprii atti: il Codice nostro ha in ciò proceduto con maggior senno. Il secondo riflesso sta in favore del Codice Estense. Esso stabilisce, che colui che ha commesso un delitto dai 18 anni compiuti ai 21 non compiuti, debba esser punito con un grado minore di pena dell'altro, che ha raggiunto quest' ultima età. Vero è però che a questa teoria equa e giusta ha fatto molte limitazioni . Ciò non pertanto la disposizione è degna di encomio, perchè dipartendosi dalle leggi Romane, fonte di ogni sapienza legislativa, e dalla Giurisprudenza Italiana, duce e maestra di tutte le altre, ha riconosciuto una verità di cui ha tenuto conto anche il Codice Gregoriano. Dai 18 ai 21 anno la foga delle passioni è nel massimo suo bollore , la irreflessione è la compagna indivisibile dell' adolescente , ed il di lui senno non guidato dalla esperienza della vita, si trova trascinato talvolta in quei pericoli da cui ha origine il delitto .

Nel titolo VI che si riferisce al tentativo del delitto troviamo molto ordine e molta chiarezza, sebbene siavi ragione per censurare la troppo estesa applicabilità della teoria del conato a tutti i delitti anche ai più leggieri , censura di cui abbiám creduto degno anche il codice nostro. Ed osserviamo di più, che la diminuzione di un sol grado della pena ordinaria stabilita dal Codice Estense per il tentativo, è misura troppo severa, quando in specie vi si comprende il prossimo ed il remoto .

Al titolo VII, che contiene le ardue teorie della correità e della complicità, noi tributiamo lode sincera al Codice Estense, il quale senza cadere in particolarità che non raggiungono che pochi casi secondarii da rilasciarsi alla saviezza dei magistrati , si è disimpegnato dall'intrapreso assunto con aurea semplicità e chiarezza. Troviamo per altro una mancanza in ciò che concerne la istigazione a delinquere e il mandato non accolto , e nell' ausilio posteriormente dato al delinquente con lo scopo di assicurare ad esso il criminoso profitto, o di eludere la investigazione della giu-

stizia, fatti che costituendo altrettanti delitti *sui generis*, meritano l'attenzione del legislatore.

Il Codice Estense nel parlare della recidiva al titolo VIII, ha seguito i principii del Diritto Romano e della scienza, tenendo per recidivo, non solo colui che ha subito la pena, ma chi non l'ha cominciata a subire, chi non l'ha esaurita, e chi è stato favorito dalla grazia del Principe. È dunque assai più severo del nostro, nonostante la nuova disposizione addizionale della legge dell'8 Aprile 1856; e molto più lo è, perchè minaccia, non un aumento alla pena ordinaria del delitto secondo, ma il doppio; e giunge perfino in certi casi a convertire per la recidiva l'ergastolo a vita nella pena capitale, e a tenere come recidivo il condannato in estero paese, misura non consentita davvero dalla scienza, e che pone in contradizione lo stesso Codice con se medesimo, là dove all' art. 6 § 2 stabilisce, che il reo condannato da Tribunali esteri che non abbia espiata la pena, o l'abbia espiata in parte, rientrato nel paese natio, deve esser sottoposto a nuovo giudizio. Lo che mostra come la legge Estense non ha fiducia nella giustizia straniera: perchè si fida dunque quando si tratta della recidiva?

Finalmente quanto all'estinzione della penalità, di che al titolo IX ed ultimo del Libro I, rileviamo come soverchiamente prolungata la indicazione dei termini atti ad acquistare la prescrizione; 30, 20, 15 e 10 anni, secondo la qualità dei delitti e delle pene, rendono in molti casi inutile il beneficio della prescrizione per la influenza distruggitrice del tempo. Ci dichiariamo poi con piena convinzione contrarj al principio della imprescrittibilità di alcuni delitti; troviamo in opposizione con le regole più elementari della scienza la massima fissata all' art. 39, per la quale la prescrizione comincia a decorrere dal giorno della sentenza condannatoria. Lodiamo poi due disposizioni che saremmo lieti di rintracciare nel Codice nostro; la prescrizione ridotta a due anni nei delitti punibili di pena pecuniaria, e ad un anno per quelli che si perseguitano a querela di parte, e l'essere stata ammessa la prescrizione della pena, a giustificare la quale noi

abbiamo esposti i nostri riflessi nel commento all' art. 95 del nostro Codice; non spingeremmo peraltro tant' oltre la medesima, come fa il Codice Estense, equiparandola all' estinzione dell' azione penale.

Ne ha fatto sorpresa il leggere in detto Codice spinta la prescrizione dell'azione penale e della pena, agli anni TRENTA nei delitti di usura e di altri illeciti contratti; per discendere in tali disposizioni fa d'uopo supporre, che nei domini Estensi trovisi tanta copia d' ingordi *Macedóni*, da obbligare il legislatore a questa severa misura.

Tutte le osservazioni che abbiamo fatte, e che non accordano il nostro suffragio ad alcune disposizioni del Codice Estense, sono da noi poste sotto la salvaguardia di quel rispetto, che ci vantiamo di professare verso ogni autorità e legislazione anche estera. Noi le abbiamo emesse per amore della scienza, e per quel dolce istinto che regna in ogni cuore gentile, di conservare alla nostra Italia quella sapienza e quella civiltà, che nelle scienze morali la pongono meritamente a capo di tutte le nazioni Europee.

FINE DEL VOLUME SECONDO

5682486

INDICE

DEI TITOLI ED ARTICOLI CONTENUTI NEL SECONDO VOLUME

LIBRO I.

Dei delitti e della loro punizione in generale.

TITOLO IV	<i>— Della consumazione e del tentativo del delitto</i>	<i>pag. 3</i>
	<i>Articolo 42.</i>	<i>» ivi</i>
	<i>Articolo 43.</i>	<i>» 6</i>
	<i>Articolo 44.</i>	<i>» 39</i>
	<i>Articolo 45.</i>	<i>» 42</i>
	<i>Articolo 46.</i>	<i>» 48</i>
	<i>Articolo 47.</i>	<i>» 52</i>
	<i>Articolo 48. §§ 1. 2.</i>	<i>» 55</i>
TITOLO V	<i>— Del concorso di più partecipanti ad uno stesso delitto, e dei fautori del delitto altrui</i>	<i>» 66</i>
	<i>Articolo 49.</i>	<i>» 118</i>
	<i>Articolo 50.</i>	<i>» 125</i>
	<i>Articolo 51.</i>	<i>» 127</i>
	<i>Articolo 52. §§ 1. e 2.</i>	<i>» 131</i>
	<i>Articolo 53.</i>	<i>» 135</i>
	<i>Articolo 54.</i>	<i>» 137</i>
	<i>Articolo 55.</i>	<i>» 144</i>
	<i>Articolo 56.</i>	<i>» 148</i>
	<i>Articolo 57.</i>	<i>» 152</i>
	<i>Articolo 58.</i>	<i>» 154</i>
	<i>Articolo 59. §§ 1. e 2.</i>	<i>» 156</i>
	<i>Articolo 60. §§ 1. e 2.</i>	<i>» 159</i>
	<i>Articolo 61.</i>	<i>» 166</i>
TITOLO VI	<i>— Della applicazione delle pene.</i>	<i>» 169</i>
	<i>Articolo 62.</i>	<i>» ivi</i>
	<i>Articolo 63.</i>	<i>» 175</i>
	<i>Articolo 64.</i>	<i>» 178</i>
	<i>Articolo 65.</i>	<i>» 188</i>
	<i>Articolo 66.</i>	<i>» 190</i>

<u>Articolo 67.</u>	»	193
<u>Articolo 68.</u>	»	196
<u>Articolo 69. §§ 1. e 2.</u>	»	198
<u>Articolo 70.</u>	»	208
<u>Articolo 71. §§ 1. e 2.</u>	»	211
<u>TITOLO VII — Del concorso di più pene</u>	»	217
<u>Articolo 72.</u>	»	231
<u>Articolo 73.</u>	»	233
<u>Articolo 74.</u>	»	235
<u>Articolo 75.</u>	»	238
<u>Articolo 76.</u>	»	247
<u>Articolo 77.</u>	»	250
<u>Articolo 78.</u>	»	253
<u>Articolo 79.</u>	»	256
<u>Articolo 80.</u>	»	257
<u>Articolo 81.</u>	»	263
<u>TITOLO VIII — Della recidiva</u>	»	271
<u>Articolo 82.</u>	»	282
<u>Articolo 83. § 1.</u>	»	298
<u>Articolo 83. § 2.</u>	»	301
<u>Articolo 84.</u>	»	302
<u>Articolo 85. §§ 1. e 2.</u>	»	307
<u>TITOLO IX — Della estinzione della penalità</u>	»	312
<u>Articolo 86.</u>	»	316
<u>Articolo 87.</u>	»	320
<u>Articolo 88.</u>	»	334
<u>Articolo 89.</u>	»	343
<u>Articolo 90.</u>	»	352
<u>Articolo 91.</u>	»	357
<u>Articolo 92.</u>	»	360
<u>Articolo 93.</u>	»	364
<u>Articolo 94.</u>	»	374
<u>Articolo 95.</u>	»	383
<u>APPENDICE al Commento del libro primo del Codice penale</u>	»	392
I. — Leggi penali Toscane promulgate mentre il nostro commento era in corso di pubblicazione	»	395
II. — Giurisprudenza della Corte Suprema sopra alcuni articoli del Libro I del Codice	»	411

III. — *Osservazioni sul combinato disposto degli
articoli 20 § 1., 69 § 1. e 70 del Codice pe-
nale* » 418

IV. — *Osservazioni sul Libro I del Codice Pe-
nale Estense in confronto con il nostro* » 427



